

Custodia compartida: Una alternativa exigida por la nueva realidad social

José Manuel de Torres Perea

Facultad de Derecho
Universidad de Málaga

Abstract

En el año 2005 se reformó el Código civil español introduciéndose en él la figura de la custodia compartida, si bien se trató de una reforma tanto incompleta como excesivamente cauta. Incompleta porque no contempla la ruptura de las parejas no matrimoniales, y excesivamente cauta pues, a contrario de lo que ocurría con anterioridad, tras la reforma se veta al juez poder decidir la custodia compartida de oficio. Por otra parte, este tipo de custodia ha quedado como una figura subsidiaria obstaculizada por unos requisitos que no se acomodan ni a los nuevos tiempos ni a nuestra Constitución. En este trabajo se ofrece un estudio pormenorizado de esta modalidad de custodia, así como una propuesta para paliar ciertas deficiencias de la vigente normativa en tanto que ésta no sea reformada, pues el empuje de la realidad social hace inevitable dicha reforma.

The Spanish Civil Code was reformed in 2005 in order to introduce a new regulation of joint custody. This reform was both incomplete and overly cautious. It was incomplete because it did not regulate the breakdown of non-marital partners, and overly cautious because, contrary to the prior procedures, after the reform Judges were not allowed to decide joint custody ex officio. Moreover, this type of custody has been relegated to a subsidiary figure by requirements that fit neither our modern times nor our Constitution. This paper provides a detailed study of this type of custody, and a proposal to palliate certain maladjustment to the regulations in force. Regulations that, due to the trajectory of the social reality, will inevitably be in need of reform soon.

Title:: Joint custody: An Alternative Required by the New Social Reality

Palabras clave: custodia compartida, derecho de familia, interés superior del menor

Keywords: Joint Custody, Familiy Law, Children's Best Interest

Sumario

1. Introducción
2. ¿Qué es y cómo opera el interés superior del menor?
3. La custodia compartida del menor tras la crisis matrimonial
 - 3.1. Planteamiento general
 - 3.2. La alternativa de la custodia compartida
 - 3.2.1. Las reformas legislativas de 1996 y 2005 en relación con las investigaciones realizadas en materia de psicología evolutiva
 - 3.2.2. Interpretación y aplicación del art. 92.5 y 8 CC conforme a la cláusula general del interés superior del menor
 - 3.2.3. Distintas reflexiones a la luz de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo
 - 3.2.4. Modalidades de custodia compartida
 - 3.2.5. Los alimentos en la custodia compartida
 - 3.2.6. La custodia compartida en la legislación civil autonómica
4. Conclusión
5. Tabla de Jurisprudencia
6. Bibliografía

1. Introducción

En materia de custodia compartida nos encontramos actualmente ante una situación ciertamente paradójica. Mientras que en nuestra sociedad se está avanzando en una determinada línea, nuestra legislación estatal presenta otra dirección y nuestros tribunales suelen optar por una tercera alternativa, distinta a las anteriores.

De esta forma si bien es cierto que tras la incorporación de la mujer en el mercado laboral el reparto de roles entre marido y mujer se está modificando compartiéndose paritariamente las tareas domésticas especialmente entre los matrimonios más jóvenes; sin embargo, nuestro Código Civil (en adelante, CC) no termina de asimilar esta nueva realidad social. Por un lado en su artículo 68, tras la reforma del año 2005, se establece el deber de los cónyuges de compartir dichas tareas domésticas durante el matrimonio; pero, por otro lado, en su art. 92.8 se establece que tras la crisis matrimonial queda condicionada la posibilidad de que ambos padres sigan compartiendo los cuidados y la custodia de los hijos a que medie un acuerdo entre ellos en tal sentido, o en su defecto a que lo solicite al menos uno de los progenitores, que el Ministerio fiscal informe favorablemente y que el juez entienda que tal medida es favorable al interés superior del menor (ISM o simplemente interés del menor). Es decir, si bien el CC antes del divorcio o la separación considera un deber de ambos padres cuidar y atender a los hijos conjuntamente, tras dicha separación o divorcio relega dicha custodia conjunta a un segundo plano (cuando se den los especiales requisitos exigidos), dando preferencia a la custodia a favor de uno solo de los padres.

Finalmente hemos dicho que nuestros tribunales mayoritariamente optan por una tercera vía: las estadísticas informan que al día de hoy nuestras Audiencias Provinciales (me refiero a ellas pues normalmente este tipo de litigios termina en sede de Audiencia) de forma mayoritaria son muy reacias a aplicar el art. 92.8 CC por entender que la custodia compartida exige de una especial sinergia y empatía entre los excónyuges por lo que la excluyen cuando no es solicitada con el consentimiento de ambos. Por tanto, en la práctica resulta que basta con que uno de los cónyuges se niegue a solicitar la custodia compartida para que ésta de hecho no se otorgue. Sin duda sigue latiendo en el pensamiento de muchos aplicadores del derecho la idea de que las madres son las cuidadoras naturales de los hijos¹.

Expuesto en breves líneas el estado de la cuestión, entiendo que pesa sobre la doctrina un auténtico imperativo kantiano, esto es el deber de abrir puertas y aportar criterios para limar y reconducir las disfunciones ya referidas entre realidad social, ley y tribunales. En el fondo no se trata de decidir sobre un juego de números, de elucubrar sobre unos u otros argumentos para preferir la aplicación de uno u otro artículo o una u otra interpretación; se trata de dilucidar sobre el futuro de personas, de sus relaciones humanas y muy especialmente del bienestar de los hijos

¹ Es ésta a la primera conclusión que podemos llegar del estudio de nuestra jurisprudencia menor. Igualmente la doctrina recoge esta realidad, por todos GUILARTE MARTÍN-CALERO (2008, p. 25). Concluye la autora del estudio jurisprudencial que realiza que las madres siguen siendo las titulares del régimen de guarda y custodia de los hijos en exclusiva en la inmensa mayoría de los supuestos.

que en última instancia suelen ser las grandes víctimas de las rupturas de sus padres. Estas reflexiones nos llevan al punto de partida que ha de guiar este estudio, esto es el interés superior del menor, pues tanto legislación, como doctrina y jurisprudencia coinciden en entender el ISM como el principal criterio que debe observarse al decidir sobre esta materia.

Por ello, antes de profundizar en el tema objeto de nuestro estudio, la custodia compartida, creemos necesario dedicar un capítulo preliminar a explicar qué es y cómo funciona el ISM. Solo una vez que tengamos claro el alcance de este principio sabremos cómo aplicarlo en materia de custodia de menores y estaremos en condiciones de ofrecer criterios científicos. De lo contrario podríamos caer en opiniones subjetivas y prejuicios establecidos.

2. ¿Qué es y cómo opera el interés superior del menor?

Actualmente nos encontramos en un momento de cambio en el Derecho de familia, momento que viene precisamente determinado por la introducción en nuestro Derecho del principio del interés superior del menor. El Interés superior del menor (en adelante, ISM) es un principio general del Derecho que se ha plasmado en forma de cláusula general en la [Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil](#) (BOE núm. 15, de 17.1.1996) por lo que ha alcanzado fuerza de Ley (y por tanto de aplicación directa por el Juez, no subsidiaria). Su carácter de cláusula general permite reinterpretar todo el Derecho de familia, cuyo eje central será ahora el menor.

Se trata de un proceso similar al experimentado en el año 1974 cuando se modificó el Título Preliminar del Código civil. En dicho momento se introdujeron una serie de cláusulas generales en nuestro Ordenamiento como la de la buena fe, abuso de derecho, equidad, fraude de ley o realidad social, que han propiciado el desarrollo judicial del Derecho, lo que podría devenir en un auténtico código paralelo². Por dicho motivo la introducción posterior de la cláusula general del interés superior del menor permite ahora una reformulación judicial de todo el Derecho de familia. Este es el presupuesto del que partimos al estudiar la situación jurídica del menor en sus relaciones familiares en los inicios del siglo XXI. En determinadas circunstancias la aplicación de una cláusula general puede neutralizar el efecto de una norma imperativa; eso sí, deberemos atender a la formulación de la cláusula general para apreciar si puede producir dicho efecto neutralizante o no. Ofrecemos un ejemplo para entender este funcionamiento propio de algunas cláusulas generales: El art. 17 [Ley 8/1999, de 6 de abril, de Reforma de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal](#) (BOE núm. 84, de 8.4.1999) (en adelante, LPH) exige unanimidad para modificar la configuración externa de un edificio en régimen de propiedad horizontal. Por tanto podría interpretarse que el cierre de una terraza con obra exigiría de dicho acuerdo en Junta de Propietarios. Sin embargo tras introducirse la cláusula general de la buena fe en el art. 7 CC en 1974 esto ha cambiado. Pues de cerrarse una terraza por un vecino sin previa autorización la respuesta jurídica ya no será absoluta, dependerá de las circunstancias. Si en dicha comunidad a lo largo de los últimos años ya hubieran cerrado las terrazas quince vecinos

² MIQUEL GONZÁLEZ (1997, p. 315).

sin pedir autorización y la comunidad lo hubiere consentido, no podría ahora pretender desautorizar el cierre de la última terraza sin ir en contra de sus propios actos, pues dicha conducta se interpretaría por nuestros tribunales como contraria a la buena fe exigida por el art. 7 CC. Concluimos que una cláusula general puede neutralizar la aplicación de una norma imperativa y este importante efecto de toda cláusula general nos será de gran utilidad al estudiar el funcionamiento del ISM en este trabajo.

Ahora bien, toda cláusula general recoge un concepto abierto e indeterminado que solo será concretado cuando descendamos al caso particular. De hecho la cláusula general es una disposición legal a la que le falta precisión por referirse a conceptos generales o muy abstractos. La principal ventaja que presentan es que permiten adaptar las soluciones a los criterios de la conciencia social, siempre en evolución³. Además la vinculación del Juez a la Ley no ha de serlo de forma rígida, sino entendiendo el Ordenamiento jurídico en su conjunto. Y en todo caso las decisiones que invocan cláusulas generales no van en contra de Ley porque las mismas cláusulas generales son disposiciones de Ley. Puede afirmarse que las cláusulas generales son imprescindibles para completar y flexibilizar el sistema y que permiten conectar el Ordenamiento con la realidad social⁴.

Por tanto, intentar encorsetar el concepto del “interés superior del menor” en una definición rígida y estricta equivaldría a negar su carácter de cláusula general⁵. Solo cabe una formulación general y abstracta que se concretará al descender al supuesto en que deba ser aplicado. Desde esta perspectiva se protegerá el interés del menor⁶ cuando se den las condiciones necesarias para

³ ROCA i TRIAS (1994, pp. 109 y ss.) Por su parte LATHROP GÓMEZ (2008, p. 116) contrapone el sistema español de estructuración del interés del menor (en forma de “cláusula general”) frente al sistema anglosajón que opta por configurarlo mediante criterios normativos preestablecidos, y si bien la fórmula de cláusula general puede generar cierta inseguridad jurídica, lo que resulta indiscutible es que el sistema anglosajón permite que ciertas situaciones propias de la evolución social queden excluidas de la ley.

⁴ MIQUEL GONZÁLEZ (1997, pp. 316, 318 y 321-322.). Por eso las cláusulas generales recogen fórmulas abiertas, recordando una vieja sentencia que consideró inmorales y contrarias a las buenas costumbres y buenas fe las relaciones entre una señorita de veinte años sin estudios y un señor universitario (médico) de más de cuarenta años, puede entenderse que si en aquella época se hubiera introducido un concreto artículo en el CC en el que se hubieran incluido dichas circunstancias en su supuesto de hecho: “Se considerarán contrarias a la buena fe las relaciones entre...” dicha norma hubiera tenido un corto periodo de vigencia. Sin embargo si en dicha época se hubiera recogido una fórmula abierta: “las conductas contrarias a la buena fe no merecerán amparo jurídico” dicha norma hubiera seguido vigente por poder adaptarse sucesivamente a las nuevas consciencias sociales imperantes en cada época.

⁵ RIVERO HERNÁNDEZ (2007, pp. 70-71 y 102-105), indica que el interés del menor constituye en nuestro sistema jurídico y en otros un concepto jurídico indeterminado, por medio del cual la ley se refiere a una realidad “cuyos límites no precisa con exactitud, pero con lo que intenta definir o delimitar un supuesto concreto que permite que sea precisado luego en el momento de su aplicación”. Igualmente añade que recoge un Standard jurídico que se expresa normativamente por medio de un concepto jurídico indeterminado y legalmente por medio de cláusulas generales.

⁶ Utilizaremos indistintamente los conceptos “interés del menor”, “interés superior del menor” o “bien del niño”.

el óptimo desarrollo del mismo. Se trata de garantizarle un entorno adecuado para que pueda desarrollar las capacidades y cualidades necesarias para su progresivo crecimiento personal, para salvaguardar la protección de su dignidad, garantizarle una existencia libre de injusticia o discriminación, dar trato prioritario a sus intereses sobre los de sus familiares y allegados, porque el Derecho debe proteger a quien a priori es parte débil y necesitada en nuestra sociedad.

Normalmente este principio se aplicará haciendo prevalecer el interés del menor sobre cualquier otro interés concurrente, por muy digno de protección que sea este último. En otras ocasiones en las que no medie un conflicto de intereses se tratará de determinar cuál de las distintas alternativas posibles es más adecuada al interés del menor. Por tanto, puede afirmarse que se ha cerrado un proceso evolutivo en el que se ha producido un giro copernicano en la forma de entender el Derecho de familia. Se partía de una estructura patriarcal, en la que los hijos debían tributar reverencia al padre⁷, en la que era el padre el que decidía lo que era o no bueno para sus hijos o su mujer, en el que el Derecho de familia encontraba su justificación en “el deber ser de las cosas” y en el derecho natural. Posteriormente en el año 1981, se modificó el CC para exigir que la patria potestad se ejerciera siempre en beneficio de los hijos y de acuerdo con su personalidad, y ya finalmente en el año 1996 se introdujo el principio del interés del menor.

Por tanto hoy para justificar a la familia no procede recurrir al “deber ser de las cosas” sino que ésta solo quedará justificada cuando sea cauce adecuado para el desarrollo pleno de sus miembros (y muy especialmente de sus derechos personalísimos). Por ello se considera que cuando se produzca un conflicto entre el interés familiar y el individual prevalece éste último, especialmente cuando comprenda un derecho fundamental. Sin embargo, el esquema tradicional basado en el deber ser de las cosas antepone el interés familiar sobre el individual; por ejemplo la indisolubilidad del matrimonio determinada por el “orden natural” implicaba que la mujer, aunque sufriese maltratos habituales del marido, debía permanecer unida a él. El Derecho procuraba no intervenir en la esfera interna de la familia y exigía resignación a una mujer sometida al indiscutido derecho de corrección del marido en aras del bien supremo de “la unidad familiar por el bien de los niños”. Es decir, todo un despropósito que no solo machacaba la dignidad de la mujer, sino que además condenaba a los menores a vivir en una familia desestructurada e infeliz.

Por tanto, desde la perspectiva constitucional es hoy indiscutible que el interés del individuo y sus derechos fundamentales queda por encima del interés familiar. Igualmente cuando se produzca un conflicto entre intereses individuales prevalecerá el interés del menor debido a su supremacía sancionada legalmente⁸ ya que el Derecho interviene en la familia para reequilibrar

⁷ Según se recogía en la antigua versión del art. 154 CC.

⁸ Art. 3 de la [Convención de la ONU de 20 de noviembre de 1989 sobre los derechos del niño](#) ratificada por España el 30.11.1990: “...en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. La primacía de dicho principio igualmente ha sido recogida en el art. 2 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (BOE

las relaciones entre sus miembros y otorgar una especial protección al menor por ser el que a priori presenta una posición más débil.

Concluimos en primer lugar que el interés del menor es un concepto general y abstracto que solo puede concretarse al aplicarlo sobre un supuesto determinado. Es decir, se trata de garantizar en cada caso concreto el bienestar del niño con todo lo que ello comprende: su desarrollo personal, un entorno sociofamiliar adecuado, el respeto a sus derechos fundamentales... No debe caerse en el común error de identificar “interés del menor” con “tiranía del menor” o sometimiento de la familia a los caprichos del menor; pues se trata justamente de lo contrario, de procurarle una educación idónea para su desarrollo personal lo cual conlleva tanto aporte de cariño como pautas de autoridad, no de malcriar al menor.

Igualmente concluimos en segundo lugar que al incluirse este principio en una cláusula general en cierta forma se está reformulando el Derecho de familia haciendo uso de una técnica que permite su desarrollo. Dicha posibilidad si bien no es siempre observada por los jueces, en un futuro mediano determinará una nueva concepción de las relaciones familiares y de la aplicación del Derecho⁹. Si bien es cierto, que el ISM solo puede concretarse en cada caso determinado, ello no impide que se puedan establecer pautas generales que recojan las circunstancias propicias para favorecer el bienestar del menor. Y es claro que una de estas pautas sería procurar que el menor tras la custodia pudiera seguir teniendo el máximo contacto con sus dos padres, desde esta perspectiva lo ideal sería partir de un sistema en el que la custodia compartida fuese la regla general y la custodia unilateral la excepción cuando las circunstancias del caso así lo exigieran, sin embargo nuestros tribunales, al día de hoy, suelen olvidar esta realidad.

Quiero terminar este capítulo preliminar recogiendo la doctrina de la STS, 1ª, 28.9.2009, (RJ 2009/7257; MP: *Encarnación Roca i Trias*)¹⁰, según la cual (FJ 2º) la normativa relativa al interés del menor tiene características de orden público, por lo que debe ser observada necesariamente por los jueces y tribunales en las decisiones que se tomen en relación a los menores, como se afirma en la STC, 2ª, 29.5.2000 (RTC 2000/141; MP: *Tomás Salvador Vives Antón*), que lo califica como “estatuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional”. Señala la referida STC que el problema procesal se plantea en torno al órgano que debe apreciar dicho interés superior del menor. De hecho debe distinguirse, mientras que la discusión sobre si se ha aplicado o no la norma fundando la decisión en el interés del menor tendrá aspectos casacionales;

núm. 15, de 17.1.1996) (en adelante, LO 1/1996), al señalar que primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

⁹ Además debemos orientarnos por los *Principles of European Family Law regarding Parental Responsibilities* en cuyo art. 3 se establece el ISM como eje central de las responsabilidades parentales.

¹⁰ Dicha sentencia destaca como relevantes a estos efectos la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989, ratificada por España en 1990 (RCL 1990/2712), la [Carta europea de los Derechos del Niño del Parlamento Europeo](#) (Resolución A 3-0172/92, de 8 julio) y la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor. Asimismo SSTC, 1ª, 26.9.1990 (RTC 1990/143; MP: *Jesús Leguina Villa*); 1ª, 18.10.1993 (RTC 1993/298; MP: *Pedro Cruz Villalón*), entre otras.

sin embargo, la delimitación de la realidad que determina en cada caso concreto cuál es el interés del menor, no los tendrá. Pues este segundo aspecto supone una facultad discrecional del juzgador, respecto a la cual no cabe impugnación casacional, a menos que en las actuaciones figuran “graves circunstancias que aconsejen otra cosa”¹¹.

Al señalarse que la normativa relativa al interés del menor es de orden público, se comprende evidentemente el art. 2 LO 1/1996 que recoge la cláusula general del ISM, y ello implica que esta cláusula general no solo puede neutralizar la aplicación de aquella norma imperativa que la contradiga, sino que además el juez está obligado a observar dicha cláusula general del ISM cuando tome decisiones sobre menores; es decir, en caso de chocar frontalmente esta cláusula general con otra norma imperativa, al ser la primera de orden público deberá prevalecer sobre la otra.

3. La custodia compartida del menor tras la crisis matrimonial

3.1. Planteamiento general

Partimos de una evolución legislativa en la que se distinguen tres etapas: Hasta la reforma del CC obrada por la [Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio](#) (BOE núm. 172, de 20.7.1981), el modelo familiar era el patriarcal y la madre la cuidadora natural de sus hijos. El interés prioritario era el paterno, especialmente el del padre, quién era el primer legitimado para decidir lo que convenía o no a sus hijos, según sus criterios. Se consideraba que la atribución de los hijos a uno u otro progenitor en los supuestos de nulidad o separación se producía como consecuencia de la conducta de éstos en el matrimonio. Puesto que la separación era causal, y dicha causa tenía un “responsable”, la consecuencia lógica era reprochar esa mala conducta que se consideraba “causa” de la separación con el castigo de perder la guarda y custodia de los hijos. Tras la reforma de 1981 la cuestión recibió un nuevo enfoque pues el art. 154 CC ya incluía que la patria potestad debía ejercitarse en beneficio de los hijos (ahora bien, sin carácter prioritario frente al interés de los padres, lo que se consiguió fue que al menos el beneficio de los hijos fuera considerado a un mismo nivel que el beneficio de los padres¹²); no obstante, seguíamos en un sistema de separación y divorcio causal que castigaba al

¹¹ STS, 1ª, 17.7.1995 (RJ 1995/5591; MP: Gumersindo Burgos Pérez de Andrade).

¹² Por este motivo no considero correcto la equiparación del “favor filii” introducida por la reforma del CC de 1981 con el concepto del “interés superior del menor” introducido por la reforma de 1996 (LO 1/1996). Mientras que en el año 1981 se partía de un esquema en el que el padre podía decidir sin atender al beneficio del hijo (estos simplemente debían tributar reverencia a sus padres) y lo que en dicho momento se consiguió fue introducir en nuestro Código el deber de tener en cuenta el beneficio de los hijos al decidir sobre ellos (pues anteriormente ello era irrelevante); sin embargo en el año 1996 se dio un paso más, al establecerse que no solo tendría que tenerse en cuenta el beneficio de los hijos, sino que además en caso de conflicto con el interés de los padres, debería prevalecer el de los hijos sobre el de sus progenitores. Pues bien, resulta que cuando nuestra doctrina introduce en los últimos años setenta el concepto del “favor filii” en nuestro Ordenamiento se está refiriendo al concepto del

cónyuge culpable con la pérdida de la guarda y custodia de sus hijos y seguía considerándose a la madre como cuidadora natural de sus hijos. Es cierto que en 1990 se modificó el art. 159 CC de la [Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código Civil, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo](#) (BOE núm. 250, de 18.10.1990) que ya no dirá en lo sucesivo que los hijos menores de siete años debían permanecer con la madre, pero esta reforma en la práctica no modificó los usos de nuestros tribunales.

Actualmente se ha producido un drástico cambio legal de tal forma que se impone el interés superior del menor tras la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor y el sistema de separación o divorcio ha dejado de ser causal tras la [Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio](#) (BOE núm. 163, de 9.7.2005), estos cambios legislativos antes o después deberán verse reflejados en la práctica judicial, pues ya no es lícito castigar o premiar a uno de los progenitores en atención a su conducta matrimonial y se impone la custodia compartida como mejor medio para garantizar el bien del niño.

En paralelo a esta evolución legislativa se ha producido una evolución en nuestra Jurisprudencia menor dentro de la cual GARCÍA RUBIO y OTERO CRESPO¹³ distinguen tres etapas: La primera entre 1981 y 1990 marcada por la preferencia materna, la segunda entre 1990 y 2000 marcada por el progresivo reconocimiento de la aptitud paterna y la actual, a partir de 2000 en la que se evoluciona hacia la custodia compartida

Sin embargo, si bien es cierto que desde la entrada en vigor de la LO 1/1996 de Protección Jurídica del menor en la que se consagra el principio del ISM, determinadas Audiencias han empezado a dictar sentencias dando preferencia a la custodia compartida, es lo cierto que hasta la fecha la mayoría de nuestros tribunales siguen prefiriendo asignar la guarda y custodia a uno solo de los progenitores (la madre), relegando al otro a la titularidad de una patria potestad prácticamente vacua de contenido. En el fondo esta praxis machista no implica sino perpetuar la discriminación estructural de la mujer que inserta en el mercado laboral ve como la sociedad tolera y alienta que su marido no comparta sus deberes paternales, relegando y alienando a éste a un segundo plano circunstancial. Definitivamente se doblega a la mujer a ser la exclusiva cuidadora natural de sus hijos más aún en los supuestos de crisis matrimoniales.

El primer problema que encontramos al tratar esta materia es la confusión existente entre los términos “patria potestad” y “guarda y custodia” pues se trata de una distinción creada tras la reforma de 1981 no existente en otros ordenamientos que puede dar lugar a graves confusiones. La patria potestad sin guarda y custodia es una patria potestad no ejercida, limitada a participar

“beneficio de los hijos” que se reflejaría finalmente en la reforma del art. 154 CC en 1981; pero en absoluto se refería al concepto del “interés superior del menor que vendría dado por una evolución posterior materializada en la LO 1/1996 que introduce la cláusula general del ISM en su artículo segundo. Es por ello que debe distinguirse entre uno y otro concepto, que sin embargo aparecen confundidos en numerosas sentencias y artículos doctrinales.

¹³ GARCÍA RUBIO y OTERO CRESPO (2006).

en la adopción de las decisiones más graves. ¿Es esto razonable? Parecería más lógico un sistema en el que la patria potestad o se ostenta y se ejercita, o no se ostente y no se ejercita (en todo caso los deberes derivados de la relación paterno filial seguirían vigentes ex. 110 CC). Por ello, hoy por hoy el término “guarda y custodia” no deja de ser un auténtico “estigma social”¹⁴, porque dicho término comprende en parte de nuestra sociedad un prejuicio discriminatorio a favor de la madre y en contra de la madre. ¿Cuál es el problema? El problema es que la práctica judicial hasta ahora ha pretendido que el interés del menor antes que permitir el desarrollo del menor creciendo y disfrutando de sus dos progenitores, implica “por naturaleza” la permanencia del menor con la madre (STS, 1ª, 22.5.1999 (RJ 1999/3358; MP: Alfonso Barcalá Trillo-Figuerola).

Es un tópico en nuestra Jurisprudencia considerar que solo la madre puede aportar el afecto, cariño y cuidados necesarios para el hijo, considerar que la maternidad es buena y no tanto la paternidad, pues si bien tras la reforma del art. 159 CC por la Ley 11/1990, ya no recoge que los hijos menores de siete años deban permanecer con la madre, es lo cierto que la mayoría de nuestros jueces siguen pensando lo contrario. No obstante, aunque minoritarios, cada vez son más frecuentes las decisiones judiciales que consideran que el sexo del progenitor por sí solo no debe ser determinante de la atribución de la guarda y custodia. La cuestión será determinar por qué nuestros tribunales siguen ajenos a las últimas reformas legales, y es que el padre suele quedar preterido por razones de “orden natural” enraizadas en la formación de quienes han de juzgar. En todo caso debe procurarse que asignada la guarda y custodia a la madre el padre pueda seguir relacionándose con sus hijos, a tal fin responden los Puntos de Encuentro Familiar en aras al interés del menor cuando las relaciones entre los padres sean especialmente conflictivas.

¿Cuáles son los criterios para atribuir la guarda a uno de los progenitores? Partimos del hecho ya señalado que el interés del menor viene determinado por unas pautas que nos informan de cuál debería ser la situación ideal para el fomento del bien del niño. Si bien el ISM no se concretará hasta que descendamos al caso concreto, ello no impide partir de dichas pautas generales, y una de ellas sería (según se ha señalado ya) que tras la crisis matrimonial debe procurarse el máximo contacto del menor con cada uno de sus progenitores. Esto significa que el bien del niño exigiría que la custodia compartida fuese la medida normalizada, la regla general, y la atribución de la guarda a uno sólo de los cónyuges las excepción, (cuándo así lo exigieran las concretas circunstancias del caso enjuiciado) lo cual es justo lo contrario a nuestra vigente realidad. En todo caso la atribución de la guarda a uno solo de los cónyuges ha quedado justificada por nuestras Jurisprudencia menor, entre otros, en los siguientes supuestos: de padecer uno de los progenitores una deficiencia psíquica que le impida cumplir los deberes derivados de la patria potestad (desde estados depresivos a enfermedades mentales graves). Supuesto de enfermedad física que igualmente le impida cumplir dichos deberes. Drogadicción o alcoholismo que ponga en riesgo al menor¹⁵. Por razón de disponibilidad derivada del horario laboral. Por la prisión de

¹⁴ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA (2003, pp. 183-184).

¹⁵ SAP Segovia, 15.6.2006 (JUR 2006/226116; MP: Criado del Rey Tremps).

uno de los progenitores¹⁶. Por dedicarse la madre a la prostitución, sin embargo se decidió no por dicha actividad, sino por el informe psicológico. Sin embargo, no se han admitido como motivos suficientes para negar la guarda y custodia: la infidelidad de uno de los cónyuges, el hecho de profesar la fe musulmana o ser testigo de Jehová, dedicarse la madre a la prostitución o la condición sexual del progenitor. No obstante encontramos sentencias que se apartan de nuestros principios constitucionales y de nuestra realidad social siendo objeto de un generalizado rechazo, tal es el caso de la SJPI Murcia, núm. 9, 6.6.2007 (dictada por el Juez *Fernando Fermín Calamita*) en la que se negó la guarda y custodia a la madre por su condición sexual ya que era lesbiana y convivía con otra mujer.

Se considera contrario al interés del menor cualquier acto del progenitor que ejercite la guarda del mismo tendente a impedir o dificultar la relación del niño con su otro progenitor. Dicho principio supone que el progenitor titular de la guarda debe informar a la autoridad judicial antes de cambiar su domicilio especialmente cuando dicho cambio de domicilio en la práctica impida al menor relacionarse con su otro progenitor. De hecho nuestros tribunales optan por retirar la guarda al progenitor que de forma sorpresiva traslada su residencia especialmente si es al extranjero cuando ello impide al niño mantener el contacto con su otro progenitor¹⁷.

3.2. La alternativa de la custodia compartida

3.2.1. Las reformas legislativas de 1996 y 2005 en relación con las investigaciones realizadas en materia de psicología evolutiva

La guarda y custodia que se nos presenta como una novedad consagrada por las reformas del año 2005 sin embargo ya había sido aplicada por nuestros tribunales desde los años noventa. Resultan de vanguardia los pronunciamientos de la AP de Madrid de 23.9.1997¹⁸ o de la AP de Valencia de 22.4.1999¹⁹ y de 30.7.1999²⁰. En concreto en la SAP de Valencia de 22.4.1999 al decretar de oficio la custodia compartida se señaló que ningún precepto impide apartarse de la tesis tradicional proclive a otorgar la custodia de los hijos a uno solo de los progenitores tras la crisis conyugal, y optar por la custodia compartida de exigirlo en beneficio de los hijos “...en autos no se ha planteado esta posibilidad, pero puede plantearse de oficio el Tribunal, que no constreñido por los principios de rogación y congruencia, que no rigen en materia que afecta al interés público de resolver, en beneficio de los niños, las cuestiones relativas a las relaciones con sus progenitores”. El fundamento ratio decidendi que recoge esta sentencia para otorgar la custodia compartida es claro: “Como dice en su preámbulo la Convención sobre los Derechos del

¹⁶ SAP Alicante, 11.6.2003 (JUR 2003/255266; MP: *Trascasa Blanco*).

¹⁷ SAP Pontevedra, 11.2.2000 (AC 2000/4137; MP: *Picatoste Bobillo*).

¹⁸ SAP Madrid, 23.11.1997 (MP: *Hijas Fernández*).

¹⁹ SAP Valencia, 22.4.1999 (AC 1999/4941; MP: *Vicente Ortega Llorca*); la estudia ROMERO COLOMA (2010, p. 4).

²⁰ SAP Valencia, 30.7.1999 (MP: *Pérez Tórtola*).

Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989... en todas las medidas que les conciernan (a los niños), los Tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos atenderán, como consideración primordial, al interés superior del niño... criterio este que se consolida y desarrolla por la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor”.

Es decir, estas sentencias se dictan tras la entrada en vigor de la LO 1/1996 y vienen determinadas por la cláusula general del ISM contenida en el art. 2 de dicha ley. Por tanto, encontramos ya algunas Audiencias Provinciales que adoptan posiciones de vanguardia al darse cuenta de que la nueva realidad social y el principio del interés del menor exigen la generalización de la custodia compartida por ser el medio más justo y seguro para el hijo, al permitirle ser educado por sus dos progenitores de forma regular y cotidiana. El razonamiento para llegar a dicha conclusión es simple: el divorcio no altera las relaciones paterno-filiales²¹, por ello los menores no deben ver alterada su relación con sus padres por el hecho de que éstos se divorcien.

Puede afirmarse que la Ley 15/2005 ha sido una ley de transición, pues la evolución desde el modelo tradicional al nuevo debe hacerse paulatinamente. De hecho el Proyecto de Ley original sufrió sucesivas mutilaciones en sus sucesivos trámites parlamentarios que conformaron su redacción final, bastante menos avanzada de lo esperado²². Por otro lado es una reforma incompleta al no modificar ni el art. 156 ni el 159 CC, y por tanto ignorando la situación de los hijos no matrimoniales cuando sus padres se separan²³.

²¹ De hecho el art. 92 CC ha sido criticado desde un primer momento por redundante al comenzar indicando que la separación, el divorcio o la nulidad no eximen a los padres de sus obligaciones para con sus hijos. No obstante la mejor doctrina añade que no le parece mal que el legislador lo recuerde una vez más para evitar malentendidos y olvidos imperdonables y que aunque nada concreta dicha norma sobre las relaciones subsistentes de los padres, debe entenderse que son todas las que a éstos competen y derivan del art. 154 CC en cuanto genéricas de la patria potestad (RIVERO HERNÁNDEZ, 1994, p. 1041).

²² Quizá resulte sorprendente que en la redacción final se incluyese que en el art. 92.8 CC el requisito del previo informe favorable del Ministerio Fiscal para que el Juez pudiera acordar la custodia compartida en los supuestos de falta de consenso entre los progenitores. Informe favorable que por tanto sería vinculante para el juez pues sin él no podría acordarla. Sin embargo fue solo un error en las votaciones del Parlamento lo que dio lugar a tal redacción final, la cual, por otro lado ya ha sido objeto de cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Audiencia Provincial de las Palmas (Auto de 13.10.2006; MP: *Mónica García de Yzaguirre*). No obstante en la práctica judicial se suele considerar que media informe favorable cuando no consta la oposición del Ministerio Fiscal. De hecho en el Anexo IV de las Conclusiones del IV Encuentro de Magistrados y Jueces de Familia y la Asociación de abogados de familia y la IV Jornada Nacional de Magistrados, Jueces de Familia, Fiscales y Secretarios Judiciales, celebrado en Valencia los días 26,27 y 28.10.2009 se concluyó que se debía de interpretar la norma sistemáticamente en el sentido de que aunque el Ministerio Fiscal emita informe desfavorable, dicha circunstancia no impedirá que el Juez apruebe la guarda y custodia compartida cuando motivadamente considera que es lo más adecuado para el menor; pues no puede prevalecer la opinión del Ministerio Fiscal ya que sería inconstitucional limitar la condición decisoria del Juez. Puede consultarse: HERNANDO RAMOS (2009, pp. 1 y ss).

²³ GARCÍA RUBIO y OTERO CRESPO (2006, p. 3).

Finalmente el vigente art. 92.5 CC establece que procederá la guarda y custodia compartida cuando ambos progenitores así lo soliciten, si bien como señalan ALASCIO CARRASCO y MARÍN GARCÍA será siempre necesario un control judicial sobre la autonomía de los cónyuges, ya que éstos pueden hacer un uso nada ortodoxo de su libertad de decisión²⁴. Por otro lado el art. 92.8 CC añade que a falta de acuerdo entre los cónyuges el Juez podrá decidir la custodia compartida cuando lo exija el interés superior del menor, para determinar este extremo el Juez podrá recabar dictamen de especialistas relativo a la idoneidad de la custodia compartida (art. 92.9 CC). Este artículo 92.8 CC ha sido muy criticado pues se ha afirmado que sin una mínima empatía y voluntad por colaborar en ambos padres la custodia compartida sería impracticable²⁵, sin embargo tal posición a parte de favorecer al padre beligerante y perjudicar al conciliador, es contraria al interés del menor que es poder relacionarse de forma plena y libre con sus dos progenitores²⁶. La custodia compartida es la única vía para que el menor se vea integrado en el entorno de su padre y de su madre, pues desde la psicología se nos informa que es muy importante que el menor desarrolle sus vínculos afectivos estables con sus progenitores²⁷. En todo caso los padres deben sacrificar sus intereses en bien de su hijo común. Los padres son responsables ante su hijo y deben procurar que las diferencias y disputas existentes entre ellos no le afecten. En última instancia es obligación de los padres no trascender sus desavenencias y dejar a su hijo al margen²⁸. Por ello, las más de las veces no servirá de excusa a los padres para negarse a la custodia compartida el hecho de que sus relaciones no sean ni fluidas ni armoniosas, si ello

²⁴ ALASCIO CARRASCO y MARÍN GARCÍA (2007, p. 20).

²⁵ Por todos, CARRASCO PEREA (2004). LATHROP GÓMEZ (2008, p. 443), a su vez presenta una posición más moderada: afirma que habrá que determinar la causa de la oposición a la custodia por uno de los progenitores, si fuera simplemente por presiones externas, a chantajes económicos en la negociación etc... considera que el principio de corresponsabilidad parental y el derecho de coparentalidad pueden contribuir a determinar el interés del menor en el sentido de atribuir una custodia compartida al excónyuge que inicialmente no la quería. Sin embargo considera que de mediar una oposición expresa manifiestamente contraria a dicha custodia, la hostilidad de los progenitores impediría la coparticipación en la crianza del hijo.

²⁶ Además, la eventual actitud conflictiva entre los progenitores no desaparecerá por el hecho de establecer el sistema tradicional de custodia individual con un régimen de visitas para el cónyuge no custodio; por el contrario la experiencia demuestra que en muchos de estos casos el sistema de custodia exclusiva solo contribuye a empeorar la relación entre los padres y de éstos con los hijos debido al grado de desigualdad fáctica y sobre todo económica que se produce con la nueva situación que se va a establecer entre ambos, (vivienda, pensiones de alimentos y en su caso compensatoria), suponiendo una auténtica fuente de conflictos. HERNANDO RAMOS (2009, p. 2). Resulta muy ilustrativa la Sentencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer, Barcelona, núm. 1, 31.10.2007, (La Ley 329927/2007; MP: *Carles Tortras Bosch*), que atribuyó la guarda y custodia compartida del hijo a ambos padres señalando que “no constituye un impedimento para ello la denuncia presentada por la madre contra el padre por delitos de malos tratos y amenazas al haberse acreditado su absolución en vía penal”. Evidentemente la situación entre ambos padres era enconada y no obstante se entendió que lo mejor para el menor era el régimen de custodia compartida.

²⁷ Como señala BALLESTEROS DE LOS RÍOS (2010, p. 1838), el otorgamiento de la custodia compartida no se puede hacer depender de una armonía prácticamente imposible de obtener tras cualquier crisis matrimonial.

²⁸ ALASCIO CARRASCO y MARÍN GARCÍA (2007, p. 20) señalan que son los padres quienes, por encima de cualesquiera otros intereses, deben velar por el bienestar emocional y físico de sus hijos.

fuera así prácticamente nunca podría acordarse una custodia compartida tras un divorcio o separación.

Es cierto que aún hoy en día en muchas parejas no se produce un reparto equitativo de las tareas domésticas, pero ello no significa que esta discriminación estructural de la mujer deba perpetuarse, precisamente el legislador debería ser el primer obligado a establecer el marco legal adecuado para que estas anomalías se recondujeran, y desde luego el hecho de que aún se mantengan en muchas familias españolas mentalidades machistas respecto al reparto de roles no justifica el rechazo absoluto de muchos operadores jurídicos a esta figura, negándola para todo supuesto en que no medie previo acuerdo²⁹.

En realidad la custodia compartida es consecuencia de la aplicación a las relaciones paterno-filiales tras la ruptura de los padres de distintos principios: el principio del interés superior del menor, al que ya nos hemos referido, al que hay que añadir el principio de igualdad entre hombre y mujer, el principio de coparentalidad y el principio de corresponsabilidad parental. Es precisamente este último principio consagrado por el art. 18 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño el que exige al legislador que incentive a los padres a compartir responsabilidades y autorregular los conflictos en y tras la crisis de pareja. En última instancia el mantenimiento de la coparentabilidad procura no despojar al hijo de sus raíces afectivas y genealógicas. Por tanto, la custodia compartida es una figura que concreta la corresponsabilidad parental o familiar sin que quepa confundir dicha figura con aquel principio³⁰.

En esta línea CANTÓN DUARTE señala que los estudios evolutivos actuales han puesto de relieve que el padre puede ser tan competente como la madre para la crianza del niño, por lo que se está llevando a cabo un replanteamiento en la forma de definir el interés del menor³¹. Más aún afirma siguiendo a KELLY y LAMB que el concepto de estabilidad contextual se ha sobre-enfatizado (es decir, que el menor tenga una sola cama, una sola residencia) en niños menores de tres años, en detrimento del mayor significado que tiene para dicho niño los efectos emocionales, sociales y cognitivos de sus relaciones con ambos progenitores. Concluyendo que residir en un solo hogar solo garantiza la estabilidad geográfica, si bien hay otras formas de crear una estabilidad

²⁹ En todo caso, de exigirlo las circunstancias y aunque mediara un sistema de preferencia por la custodia compartida, siempre sería viable la excepción de la custodia individual. De hecho uno de los principales criterios para decidir qué modalidad de custodia es la idónea al caso enjuiciado, será atender a cuales han sido las prácticas anteriores en la atención y cuidado de los menores por los padres. En esta línea resulta muy interesante el artículo de GARRIGA GORINA (2008, p. 13) que la regulación de los criterios legales de atribución de la guarda puede señalar la preferencia política por un sistema de organización familiar más o menos igualitario, pero no va a modificar los roles de género. Creemos que el legislador sí debe implicarse en dicha modificación de roles (exigida por el principio constitucional de igualdad entre hombre y mujer) pues es evidente que determinados usos sociales y culturales en determinados grupos sociales por sí solos no cambian.

³⁰ LATHROP GÓMEZ (2009, pp. 3, 6 y 14). También en (2008, pp. 347 y ss).

³¹ CANTÓN DUARTE (2009, p. 98).

adecuada para el menor, esto es mediante idas y venidas predecibles de ambos padres, con programaciones regulares de sueño y alimentación, con cuidados consistentes y apropiados, con afecto y aceptación de los hogares de ambos progenitores, pues, termina, una relación de calidad supone regularidad, tiempo suficiente e implicación en la vida cotidiana³².

Es decir, desde la psicología evolutiva se nos informa de que el criterio del “cuidador principal” debería tener un papel secundario en la determinación de la custodia en aras a los beneficios de un contacto extenso con ambos padres que fomente unas relaciones significativas con ambos. Igualmente se nos indica que la preferencia por la madre suele haber desaparecido a los dieciocho meses³³.

CANTÓN DUARTE³⁴ igualmente señala citando a BAUSERMAN³⁵ que la investigación no apoya la hipótesis de que los niños con custodia compartida corran mayor riesgo de problemas de adaptación por tener que adaptarse a dos hogares o sentirse atrapados entre los padres; por el contrario, considera que los hijos en tal situación se adaptan mejor que los de custodia exclusiva y que en todo caso la custodia compartida con el tiempo reduce los niveles de conflictos. Concluye su estudio señalando que el mejor interés del menor consistirá en evitarle la separación psicológica de cualquiera de sus progenitores y estimularlo para que mantenga unas relaciones positivas como ambos³⁶, por lo que la custodia exclusiva solo debería ser una alternativa en los casos de abuso o negligencia o trastorno grave de la salud mental de un progenitor en un contexto de conflictos extremos.

No debemos olvidar que es responsabilidad de ambos padres procurar el bien de sus hijos, por tanto deben ser ambos conscientes de que su deber es conseguir una custodia responsable en la que el interés de su hijo merece prioridad a sus propios intereses, no se trata de una custodia para contentar a uno u otro progenitor, sino para alcanzar el bien del menor³⁷; y por otro que la custodia compartida es mejor para la adaptación con independencia de los niveles previos de conflictividad entre los padres³⁸.

Precisamente en el ámbito norteamericano se ha publicado recientemente la segunda edición de la monografía *The Scientific Basis of Child custody decisions*, obra de obligada lectura y de gran

³² KELLY y LAMB (2000, pp. 297-311).

³³ LAMB (2002, pp. 365-371).

³⁴ CANTÓN DUARTE (2009, p. 99).

³⁵ BAUSERMAN (2002, pp. 91-102).

³⁶ Aquí sigue los planteamientos de LAMB y KELLY en (2001, pp. 365-371).

³⁷ Puede consultarse: LATHROP (2009, pp. 1 y ss.).

³⁸ GUNNOE y BRAVER (2001, pp. 25-43).

repercusión entre la doctrina anglosajona. En su prólogo se señala que, por un lado, que ya se ha superado el tiempo en que los expertos podían opinar sobre esta materia arropados únicamente de “su experiencia” o de teorías no demostrables; pues actualmente la profesionalidad de los técnicos, especialidad de los juristas y el rigor usado en los procedimientos han dotado de credibilidad y relevancia a la opinión de los expertos. Por otro lado se añade que la custodia compartida se ha convertido finalmente en la regla puesto que es de esperar que tras el divorcio ambos padres permanezcan vinculados a sus hijos³⁹. De hecho en el capítulo introductorio de la obra se vuelve a señalar que la solución ideal a los problemas que presenta la custodia del menor tras el divorcio es conceder a los padres un trato equitativo respecto al tiempo que cada uno de ellos pueda convivir con el hijo común, solo así se sentirán ambos padres justamente tratados y el menor podrá relacionar con ambos de forma equitativa⁴⁰. Es decir, se nos informa que al decidir debería promoverse en primer lugar la custodia compartida, solo cuando ésta, por las circunstancias concretas del caso, fuese inviable, podría ser descartada y tendría que optarse por otra alternativa.⁴¹ Cuando aquí nos referimos a la custodia compartida, nos referimos a la completa custodia del menor tanto física como legal, pues en EEUU se distingue entre ambos tipos de custodia.

Señalan GALATZER-LEVY, GOULD MARTINDALE y GOLDSTEIN que respecto al interés del menor puede resultar irreal recomendar la situación óptima, por lo que en muchas ocasiones el evaluador lo que debe hacer es intentar encontrar la alternativa menos perjudicial al menor⁴². En realidad, la custodia compartida no será siempre la panacea, sin embargo puede resultar en muchas ocasiones la solución menos gravosa para el menor. El problema estará en determinar el límite a partir del cual las tensiones existentes entre los padres impiden o desaconsejan dicha custodia compartida. De hecho en los últimos años se ha desarrollado la llamada “Attachment theory” (podríamos traducirla como teoría del cariño o del lazo afectivo) cuyas conclusiones están siendo observadas en la toma de decisiones sobre la custodia del menor. Dicha teoría formulada por THOMPSON⁴³ afirma que la pérdida de uno de los progenitores únicamente sirve para acrecentar el trauma del menor tras el divorcio de sus padres. El problema está en que cuando el régimen de visitas que se otorga a uno de los progenitores es mínimo, ello en la práctica puede equivaler a la

³⁹ R. GALATZER-LEVY, KRAUS y J. GALATZER-LEVY (2009, pp. 11-12).

⁴⁰ R. GALATZER-LEVY, KRAUS y J. GALATZER-LEVY (2009, p. 22). No obstante añaden que las circunstancias concretas del caso pueden desaconsejar la custodia compartida cuando las tensiones entre los padres sean extremas. Por otro lado, decir que si bien en los últimos años se ha desplegado un amplio movimiento a favor de la custodia compartida (que comenzó en los EEUU entre los años 70 y 80), aún hoy encontramos posiciones contrarias a esta opción entre la doctrina norteamericana.

⁴¹ De hecho, en los EEUU ya en el año 2000, 11 Estados y el Distrito de Colombia habían establecido una presunción legal a favor de la custodia compartida (legal y física), obligando a los jueces a decretarla salvo que las circunstancias concretas del caso prueben que es contraria al interés del menor. En todo caso la mayoría de los estados establecen como prioritaria la custodia compartida legal. PRUETT y BARKER (2009, p. 420).

⁴² M. GALATZER, GOULD y MARTINDALE (2009, pp. 34-35) y GOLDSTEIN (1975).

⁴³ THOMPSON (1996, pp. 126-134).

pérdida de uno de los lazos afectivos con una de las figuras más importantes y necesarias para el menor, por ello el mantenimiento del lazo afectivo sería de primaria importancia para el menor desde la perspectiva de la psicología⁴⁴. En todo caso las investigaciones han demostrado que el máximo contacto con los dos progenitores minimiza los efectos del divorcio en los menores de edad escolar y provocan una mejora en su autoestima y sociabilidad (PAGANINI-KURTZ y DEVERENSKY⁴⁵).

En la misma línea LAMB y KELLY señalan que para que los padres puedan tener un impacto positivo en el desarrollo y evolución de sus hijos es necesario que sean partes integrantes de sus vidas. Por ello la situación ideal es aquella en la que los hijos de padres separados tienen la oportunidad de relacionarse con sus padres de forma frecuente y en sus distintas actividades, día y noche. En todo caso las investigaciones han demostrado que el sistema de visitas tradicional del cónyuge no custodio solo producen insatisfacción y sentimiento de pérdida en los hijos, por lo que debe evitarse toda restricción arbitraria y hay que procurar el mantenimiento de los lazos afectivos del menor con sus dos padres de forma equitativa⁴⁶.

Los críticos de la custodia compartida opinan que ésta solo es viable en supuestos ideales de plena colaboración entre progenitores. Olvidan que un divorcio existirá siempre tensiones, por lo que dicha situación idílica simplemente no se dará. Sin embargo las investigaciones han demostrado que la custodia compartida es compatible con situaciones de moderada conflictividad entre los padres y que en todo caso los estudios realizados demuestran que en muchas ocasiones el nivel de conflictividad entre padres que habitan dos viviendas separadas no difiere del de padres que habitan en una única vivienda⁴⁷. E igualmente se demuestra que los niveles de conflictividad no difieren entre supuestos en los que se opta por una custodia compartida o una unilateral con régimen de visita. Por otro lado, los estudios informan que la custodia compartida puede ser viable aunque los padres no cooperen, siempre que cada uno de los padres procure el mejor y más sano ajuste del menor a la situación y tenga en cuenta las necesidades del menor, puesto que cuando cada uno de los padres es capaz de aceptar y apreciar las necesidades de su hijo de contactar con su otro progenitor, la cooperación no es tan importante⁴⁸.

Finalmente, una vez que se concluye que lo mejor para el menor será mantener los más estrechos lazos afectivos con sus dos progenitores y una vez que el movimiento a favor de la custodia compartida ha alcanzado una gran repercusión en los EEUU, encontramos que, no obstante, en casos extremos de alto nivel de conflictividad existente entre los progenitores resulta o bien

⁴⁴ Recojo aquí las opiniones de KRAUS y POPE (2009, pp. 179-181).

⁴⁵ PAGANINI-KURTZ y DEVERENSKY (27, pp. 43-55).

⁴⁶ LAMB y KELLY (2009, pp. 196-197).

⁴⁷ MACCOBY, MNOOKIN y DEPNER (1990, pp. 141-155).

⁴⁸ PRUETT y BARKER (2009, p. 437).

imposible compartir la custodia o bien puede que adoptar dicha medida perjudique al menor. Por ello y atendiendo a estos casos extremos en los últimos años se ha extendido entre la doctrina norteamericana la llamada *approximation presumption* que aporta un estatuto neutral (respecto al género) basado en el efectivo tiempo que cada padre haya estado con el menor antes del divorcio, antes que especular sobre cuál puede ser el futuro comportamiento de uno y otro. Dicha regla no supone otorgar prioridad a ninguno de los progenitores, sino que pretende preservar las relaciones tal como tenían lugar antes del divorcio, reduciendo el riesgo de que los niños queden en manos de un padre muy poco experimentado en su cuidado. Desde esta perspectiva se propone una concreta división de la custodia del menor entre los padres. Esta presunción igualmente ha sido criticada, especialmente por ciertas voces que consideran que tiende a cargar a las madres tras el divorcio⁴⁹. No obstante creemos que sería una alternativa justa a tener en cuenta en nuestro Ordenamiento. Pues a partir de esta presunción podrían encontrarse soluciones justas en aquellos casos en que plantear directamente una custodia compartida resulte inviable. En algún supuesto la solución a la que se llegara podría ser similar a una custodia compartida, pero se trata de conceptos distintos, pues no es igual establecer una custodia compartida que determinar un reparto de custodia según el criterio referido.

Podemos concluir con PRUETT y BARKER que la custodia compartida (física y legal) beneficia al menor por encima de la relación entre sus padres y determinados conflictos entre ellos, que la custodia compartida aporta una satisfacción a los padres tras el divorcio que redundará en el menor, que la custodia compartida funciona mejor en las familias estructuradas, si bien en los casos de conflicto extremo la custodia compartida más que beneficiar puede perjudicar al menor⁵⁰.

Sin embargo, esta visión que la psicología evolutiva nos aporta respecto a la custodia compartida choca frontalmente con nuestra realidad judicial. Existe una creciente demanda social de muchos padres que no se resignan con ser meros observadores de la crianza de sus hijos. Padres a los que no solo se les condena a abandonar sus viviendas y entregar gran parte de sus ingresos, sino que también a no poder tener un trato cercano y habitual con sus hijos, padres “perdedores” a los que no se les permite ejercitar la corresponsabilidad paterna, y esta práctica judicial lejos de pacificar los conflictos familiares los perpetúa, quizá sea lo cierto que en muchas ocasiones los tribunales y las partes hayan olvidado que ante todo se trata de resolver problemas humanos, y sin duda como señala PÉREZ GALVÁN nunca han sido más necesitados Jueces de familia y Fiscales vocacionales comprometidos y que dispuestos a suplir las carencias legales entren a fondo del caso concreto⁵¹.

Es decir, no debe ni generalizarse, ni prejuzgarse, no puede estigmatizarse la custodia compartida de antemano, y deberá brindársele a las partes (padres y menor) la oportunidad de

⁴⁹ PRUETT y BARKER (2009, p. 437).

⁵⁰ PRUETT y BARKER (2009, pp. 445-446).

⁵¹ En este párrafo recojo las opiniones de PÉREZ GALVÁN (2009, pp. 2 y 4).

poder estudiar el caso concreto, partiendo de la idea de que prima facie la custodia compartida es requerida por el ISM, pero teniendo muy en cuenta cual ha sido la práctica anterior al divorcio por los padres respecto a los cuidados de sus hijos y analizando si la negativa a la custodia se debe en realidad a una lucha por la atribución de la vivienda y los alimentos o a una actitud obstruccionista en perjuicio del interés del menor⁵².

3.2.2. Interpretación y aplicación del art. 92.5 y 8 CC conforme a la cláusula general del interés superior del menor

a. Evolución de la jurisprudencia menor

Hoy en día, la mayor parte de las Audiencias Provinciales son muy reacias a aplicar el párrafo octavo del art. 92 CC por entender que solo puede haber lugar a la custodia compartida cuando lo pidan los dos progenitores del menor y siempre que se trate de una familia estructurada por entenderse que dicha figura requiere de una especial armonía y empatía entre los padres. De hecho, tras la entrada en vigor de la Ley 15/2005 las Audiencias de forma mayoritaria rechazan la aplicación del art. 92.8 CC sin fundamentarlo suficientemente, incomprensiblemente se llega a afirmar que tal norma es contraria al sentido común o a la esencia del orden familiar. Como señala LAUROBA LACASA, la mayoría de los jueces, hoy en día son contrarios a la custodia compartida, si bien poco a poco se va apreciando una tendencia favorable a ciertas pernoctas intersemanales en casa del padre no custodio⁵³.

No obstante distintas Audiencias están empezando a aplicar la guarda y custodia compartida como modelo construyendo una nueva concepción del Derecho de familia. A título de ejemplo destacan las siguientes: SAP Valencia, 22.7.2005, (JUR 2005/131686; MP: *De Motta García-España*), SAP Córdoba, 24.4.2006, (JUR 2006/230967; MP: *Caballero Gea*) o SAP Barcelona, 27.7.2006, (JUR 2007\124388; MP: *Noblejas Negrillo*). Sin embargo, de todas las recientes sentencias acordando la custodia compartida destaca sobremanera la SAP Barcelona, 20.2.2007 (JUR 2007/101427; MP: *Enrique Anglada Fors*) cuyos fundamentos merecen y deben ser leídos con detenimiento pues recogen las líneas maestras que debe seguir el Derecho de familia en esta materia, líneas exigidas tanto por la realidad social como la aplicación del principio del interés del menor. Dicha línea jurisprudencial poco a poco va abriéndose camino al interpretar y aplicar este art. 92.8 CC conforme a la cláusula general del interés superior del menor transformando radicalmente los planteamientos que tradicionalmente se han sostenido en materia de custodia compartida por entender que el bien del niño exige que la regla general sea la custodia compartida y solo excepcionalmente, cuando ésta no sea posible, la custodia a favor de un solo progenitor.

⁵² Señala GARCÍA DE LEONARDO (2009, p. 11), que si la negativa a la custodia se debiese en realidad a una lucha por la atribución de la vivienda y las pensiones de alimentos, la mejor solución sería la venta de la vivienda y el reparto efectivo y real del patrimonio ganancial; pero que si la negativa se debiera a una actitud de obstrucción a la custodia compartida en perjuicio de los derechos del menor y del otro progenitor con el fin de conseguir dichas prestaciones de carácter patrimonial valdrá la pena otorgar la custodia al otro progenitor.

⁵³ LAUROBA LACASA (2010, p. 1489).

Sin duda es el propio TS el que en sus últimos pronunciamientos está ejerciendo de ariete en esta nueva concepción del interés del menor tras la ruptura matrimonial de sus padres. No obstante no deja de ser paradójico la pasividad con la que es observada esta nueva doctrina por la mayor parte de las Audiencias Provinciales, incluso las críticas que están recibiendo estas sentencias del Tribunal Supremo. No obstante estos nuevos planteamientos se están extendiendo mediante un paulatino proceso de ósmosis entre nuestros tribunales que no debe desdeñarse.

Debe comenzarse este análisis evolutivo con la STSJ Cataluña, Civil y Penal, 31.7.2008, (RJ 2009/643; MP: Carlos Ramos Rubio) que siguiendo la línea de la SAP Barcelona, 20.2.2007 (JUR 2007/101427; MP: Enrique Anglada Fors) ha señalado que la custodia compartida se asocia con ciertos efectos favorables en los niños cuestión científicamente constatada por el informe de 1995 de la División 16 de la American Psychological Association realizado ante la Comisión americana de bienestar infantil y familiar, que dichas sentencias dicen aceptar y seguir. Afirmando que si bien no es un modelo único para su aplicación habrán de ser ponderadas las circunstancias de cada caso, tales como la edad de los hijos, el horario laboral o profesional de los progenitores, la proximidad del lugar de residencia de ambos progenitores, la disponibilidad por éstos de una residencia adecuada para tener consigo a los hijos, el tiempo libre o de vacaciones, la opinión de los menores al respecto, u otras similares. Sentencias éstas que entre otras, que retomando el camino iniciado por algunas de nuestras audiencias aún antes de la entrada en vigor de la Ley 15/2005, han ido preparando el camino a la nueva línea jurisprudencial abierta por nuestro TS⁵⁴.

b. Evolución de la Jurisprudencia del TS⁵⁵

Comenzamos en riguroso orden cronológico con el estudio de la STS, 1ª, 28.9.2009, (RJ 2009/7257; MP: Encarnación Roca i Trias). Esta sentencia⁵⁶ en argumentos *obiter dicta* recoge los criterios que

⁵⁴ Señala HAYDEN (2011, p. 28), que a nivel europeo, incluso global, se aprecia una tendencia creciente a favor de la custodia compartida como régimen idóneo para los menores tras la ruptura de sus padres. Igualmente subraya las dificultades de los tribunales españoles para adaptarse a la nueva realidad social, la cual contrasta con la agilidad con la que en otros Ordenamientos (especialmente el inglés) se está afrontado en el ámbito judicial esta etapa de transición.

⁵⁵ Como ha señalado GUILARTE MARTÍN-CALERO (2010, p. 18), estas sentencias dictadas por la Sala 1ª del Tribunal Supremo constituyen el inicio de una nueva etapa en materia de guarda y custodia de los hijos en los procesos de nulidad, separación y divorcio.

⁵⁶ STS, 1ª, 28.9.2009, (RJ2009/7257; MP: Encarnación Roca i Trias). Los hechos objeto de enjuiciamiento fueron los siguientes: D. Casimiro y Dª Esmeralda contrajeron matrimonio en Barcelona el 14.12.1996 y tuvieron una hija, nacida el 27.9.2000 de nombre Penélope. En 2004 Casimiro presentó una demanda de separación solicitando la custodia de la hija Esmeralda contestó pidiendo que se le atribuyese a ella la guarda y custodia de la hija menor. La sentencia del JPI atribuyó la custodia a la madre y un derecho de visita al padre de fines de semanas alternos, martes y jueves desde la salida de la menor del colegio hasta la mañana siguiente y mitad de periodos vacacionales. Es decir estableció un régimen de visitas tan amplio que podría equipararse a una situación de custodia compartida. En este sentido GAFFAL (2010, p. 1466), señala que la cuestión de fondo era determinar si se podía fijar un régimen de visitas intersemanales de los menores equivalente a la guarda y custodia compartida sin convenio regulador, ni acuerdo entre los progenitores, ni informe favorable del Ministerio Fiscal tal como hizo el Juzgado (de hecho en la práctica esta opción se está extendiendo en muchos Juzgados al ser una vía para vadear

deberían ser tenidos en cuenta a la hora de determinar la custodia compartida, e interpreta el art. 92 CC de la siguiente forma: "...permite al juez acordarla en dos supuestos a) cuando sea pedida por ambos progenitores (párrafo 5) y b) cuando a pesar de no existir esta circunstancia, se acuerde para proteger el interés del menor de forma más eficaz (párrafo 8). En cualquier caso, se debe recabar informe del Ministerio Fiscal, que debe ser favorable en el supuesto previsto en el párrafo 8, se debe oír a los menores cuando tengan suficiente juicio, así como tener en cuenta el informe de los equipos técnicos relativos a "la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia" (art. 92.9 CC). Esta normativa debe completarse con lo establecido en el art. 91 CC, que permite al Juez una amplia facultad para decidir cuál debe ser la solución adecuada a la vista de las pruebas que obren en su poder, de modo que en los procedimientos judiciales sobre menores no rige el principio dispositivo, tal como se afirma en la Exposición de Motivos de la vigente Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE núm. 7, de 8.1.2000) (en adelante, LEC) y regula el art. 752.1.2 LEC. Además en relación con la guarda y custodia compartida, el art. 92.6 CC, establece que el juez debe "valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar la idoneidad de la guarda". Es decir, la ponente ha querido subrayar que en esta materia en tanto que se trate de un procedimiento judicial sobre menores, no regirá el principio dispositivo.

En segundo lugar analizaremos la STS, 1ª, 8.10.2009 (RJ 2009\4606; MP: Encarnación Roca Trias): La segunda de estas sentencias dictadas por nuestro Alto Tribunal fue la STS, 1ª, 8.10.2009 (RJ 2009\4606)⁵⁷ a las que hacemos aquí referencia entendió que en materia de guarda y custodia

la negativa frontal de muchas Audiencias a admitir una custodia compartida no pactada). En este caso la madre apeló esta sentencia. La Audiencia Provincial revocó en parte la sentencia dictada y acordó que las "visitas ínter semanales de martes y jueves tuviesen lugar desde la salida del colegio hasta las 20 horas en que el padre llevará a la menor al domicilio familiar", evitando las pernoctas intersemanales con el padre precisamente por no haberse solicitado por ninguna de las partes una custodia compartida y confirmando en todo lo demás la sentencia recurrida. El padre presentó recurso de casación que fue desestimado por el TS. En realidad en este supuesto, como hemos señalado, no se solicitó la custodia compartida por ninguna de las partes, pero sin embargo, la representación del padre alegó como motivo "la infracción del art. 92 CC, que tras la reforma de la Ley 15/2005 admitió y reguló la figura de la custodia compartida que aunque no se solicitó ni se ha otorgado en el presente caso, resulta de interés que la Sala fije la doctrina relativa a esta cuestión, puesto que se trata de una figura introducida recientemente en el Código, que recoge una nueva forma de establecer y determinar las relaciones paterno-filiales en los casos de ruptura, cuando las circunstancias sean favorables". Y si bien dicho motivo se desestimó, la ponente añadió el pronunciamiento *obiter dicta* que se recogemos en el texto que aquí comentamos.

⁵⁷ Los hechos que se enjuiciaron por esta sentencia fueron los siguientes: Argimiro y Sofía tenían tres hijos, de edades entre 6 años y dos meses cuando se separaron en el año 2004. Sofía interpuso demanda de divorcio contra Argimiro y pidió que se le otorgara la guarda y custodia de los tres hijos. Se dictaron medidas provisionales, en las que se acordó la guarda y custodia compartida de los hijos menores Ana Mª del Pilar, Peter Christian y Diego por periodos semanales, pudiendo visitar a los menores el progenitor que no los tuviera bajo su guarda. En la contestación a la demanda, el padre demandado Argimiro alegó que debido a la profesión de ambos convivientes se habían trasladado a vivir a Bruselas y que los respectivos domicilios estaban cercanos. Por ello pidió que se estableciera con carácter definitivo el sistema de custodia compartida que se había acordado con carácter cautelar en las medidas provisionales. Finalmente la SJPI Alicante, núm. 10, 15.11.2005 (JUR 2010/40185; Ponente: Susana Pilar Martínez González), acordó que los hijos menores quedaran bajo la guarda y custodia compartida de ambos

compartida el CC contiene una cláusula abierta que obliga al juez a acordar esta modalidad siempre en interés del menor, si bien añade que resulta muy difícil concretar en qué consiste dicho interés al carecerse de una lista de criterios, por lo que recoge los criterios que ya apuntara la STS, 1ª, 28.9.2009 (RJ 2009\7257; MP: Encarnación Roca i Trias) si bien en aquella ocasión con carácter *obiter dicta*. La Magistrada Ponente destaca el hecho de que el legislador en otros Ordenamientos si ha incluido listas de criterios que permitan al Juez determinar en cada caso concreto qué circunstancias han de ser tenidas en cuenta para justificar el interés del menor en los supuestos en los que existan discrepancias entre los progenitores, para decidir si procede una custodia conjunta (arts. 373-3-11 *Code Civil* francés modificado por la Ley 2002-305 de 4 de marzo de 2002) o en el *Children Act* inglesa de 1989. Dichos criterios los sintetiza en los siguientes⁵⁸: práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de los deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales y con otras personas que convivan en el hogar familiar; los acuerdos adoptados por los progenitores; la ubicación de sus respectivos domicilios, horarios y actividades de unos y otros; el resultado de los informes exigidos legalmente entre otros.

Esta sentencia es muy interesante, entre otras cuestiones, por el estudio del derecho comparado que hace. Distingue los Ordenamientos en los que solo se concede la custodia compartida previo acuerdo entre los cónyuges (Alemania y Noruega), de aquellos otros en los que se concede a pesar de su desacuerdo en consideración al interés del menor (Bélgica, Francia, Inglaterra, Gales,

progenitores, alternándose los tiempos de estancia con cada uno por periodos semanales. Sofía apeló la sentencia de 1ª Instancia alegando que era contrario al interés de sus hijos carecer de un hogar estable, solicitando la custodia exclusiva de sus hijos y la condena de su exmarido a pasarle 4000 euros mensuales en concepto de alimentos de los hijos comunes. La AP de Alicante estimó el recurso y acordó que los hijos menores quedaran bajo la guarda y custodia de la madre, con derecho de visitas del padre. Los razonamientos utilizados se reproducen a continuación. a) que las circunstancias existentes al inicio del pleito para acordarla habían desaparecido, (sin especificar más); b) que aun cuando los miembros de la pareja se habían trasladado a Bruselas por razones laborales, su domicilio resulta desconocido; c) que se desconocía asimismo la proximidad de los domicilios y, d) finalmente, que *todo ello* "hace sumamente dificultoso el tener un desarrollo armónico de aquel sistema, y en el que las funciones de custodia sobre los hijos menores, y por las edades con que cuentan, no iban a serlo con la permanencia de estos en un domicilio estable, sino alternando su estancia en el domicilio del padre o de la madre por periodos semanales". Argimiro interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. Ambos fueron admitidos por el TS en auto de 12.2.2008. Igualmente solicitó que se admitiera una prueba documental, consistente en un documento en el que se certifica por parte de un agente judicial la distancia en tiempo entre los domicilios de los dos progenitores en Bruselas. El recurso de casación fue admitido reponiéndose las actuaciones al momento inmediatamente anterior a dictar sentencia, "para que vuelva a dictarse sentencia que en cualquier caso argumente sobre el interés de los menores en relación a la guarda y custodia compartida perdida, con arreglo a los hechos que considere probados".

⁵⁸ Señala LAUROBA LACASA (2010, p. 1502), al comentar esta sentencia que se trata de índices elementos o circunstancias cuyo análisis va a permitir al juez obtener una conclusión argumentable de cuál es el mejor sistema de guarda para el menor. Igualmente señala que la cordialidad entre cónyuges o el ánimo de cooperación no puede ser el único criterio para decidir, sino uno más a tener en cuenta, pues en la crisis de pareja los términos difícilmente son cordiales por lo que supeditar el régimen a una buena relación supondría en la práctica una limitación a su atribución.

Escocia, arts. 76.1b y 139 del Código de familia de Cataluña). Igualmente establece como criterio clave para decidir sobre la custodia compartida la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor, práctica que según la nueva versión del art. 68 CC tras la Ley 15/2005 debería ser compartida. Razón de peso para que igualmente tuviera dicho carácter la custodia tras la crisis matrimonial.

En tercer lugar debemos referirnos a la STS, 1ª, 10.3.2010 (RJ 2010\2329; MP: *Encarnación Roca i Trias*)⁵⁹. En este supuesto el TS estimó el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación del padre contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Tenerife en la que se desestimó el recurso de apelación planteado por el referido padre. La Audiencia entendió que procedía confirmar la medida adoptada por el Juzgado (custodia a favor de la madre) y no la custodia compartida solicitada con carácter subsidiario por el padre a partir de una argumentación equívoca, pues las razones por las que la Audiencia afirmó no entrar en el examen de si era más conveniente o no el régimen de la custodia compartida fue que por un lado los hijos convivían con la madre en Tenerife y por otro que en el convenio regulador se había previsto ya una posible alteración del domicilio, las cuales entendió el TS que eran apreciaciones erróneas.

Admitido el recurso extraordinario por infracción procesal, procedía la anulación de la sentencia recurrida y la reposición de las actuaciones al estado y momento en que se había producido la infracción. Y al respecto añadió el TS, y esto es lo que a nosotros aquí nos importa, que en materia de guarda y custodia compartida el CC contiene una cláusula abierta que obliga al juez a acordar esta modalidad siempre en interés del menor. Debemos conectar esta apreciación del TS con uno de los motivos que alega la Audiencia Provincial para negar el cambio de guarda: Dice la Audiencia Provincial que “los hijos conviven con la madre en perfectas condiciones... y el mantenimiento del status quo es uno de los aspectos en que se concreta el favor filii”, concluimos que nuestro Alto Tribunal en esta nueva Jurisprudencia opera un giro copernicano en la forma tradicional de entender el interés del menor en la custodia compartida pues lejos de partir de la premisa de que lo mejor para el menor es mantener su estabilidad geográfica bajo la custodia de la madre, opta por afirmar que la cláusula abierta del ISM exige acordar esta medida siempre en interés del menor, es decir que tiene preferencia la estabilidad emocional y relacional del menor con sus dos progenitores de forma paritaria, antes que separarlo de uno de ellos por razón de mantener una “estabilidad geográfica”. En última instancia lo que esto implica es que el Tribunal deberá siempre argumentar la razón por la que no otorga la custodia compartida no siéndole en adelante legítimo alegar simplemente que el ISM determina mantener siempre al menor en su vivienda con su madre salvo que se acredite cumplidamente motivos suficientes para convencer al juzgador de que en ese concreto caso procede la custodia compartida, en realidad el TS opta

⁵⁹ Presentada demanda de divorcio por la madre solicitando la custodia de sus dos hijos para ella, el padre contestó solicitándola a su vez para él si bien subsidiariamente pedía una custodia compartida. El JPI otorgó la custodia de los hijos a la madre, recurrida la sentencia por el padre, la AP de Tenerife confirmó mantuvo la custodia a favor de la madre limitándose en base a unas apreciaciones erróneas como se ha señalado. El TS admitió el recurso extraordinario por infracción procesal, anulando la sentencia recurrida para que se vuelva a dictar sentencia en la que se argumente sobre el interés de los menores en relación con la custodia compartida con arreglo a los hechos que se consideren probados según la prueba practicada.

por la solución contraria: solicitada la custodia compartida, debería otorgarse ésta salvo que se pruebe que concurren circunstancias extraordinarias que la desaconsejan.

Finalmente en esta sentencia se señala que para valorar la conveniencia o no de la guarda y custodia compartida solicitada por el recurrente deberán ser tenidos en cuenta los criterios que ya se recogieron en la STS,^{1ª} 8.10.2009 (ya analizados), añadiendo que se trata de permitir a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva cuando los progenitores conviven.

En cuarto lugar procede el estudio de la STS, 1ª, 11.3.2010 (RJ 2010/526; MP: *Encarnación Roca i Trias*)⁶⁰. Esta sentencia casó la de la Audiencia Provincial contraria a la custodia compartida por entenderlo como una medida excepcional. En el recurso de casación la recurrente alegaba que la Audiencia Provincial había confundido en su argumentación la institución de la guarda y custodia con el ejercicio práctico de la misma y que la coparentabilidad es un derecho de los hijos independientemente de que los padres convivan o no, añadiendo que la custodia compartida no implica que la convivencia con ambos progenitores tuviera que repartirse al 50%. Dicho motivo fue estimado, pues se consideró que la guarda compartida no podía consistir en un premio o castigo al progenitor que mejor se hubiera comportado durante la crisis matrimonial, sin que pudiera alegarse como motivo para negarla la “deslocalización” de los niños alegada por la Audiencia Provincial.

De seguido y en quinto lugar procede analizar la STS,^{1ª} 1.10.2010 (RJ 2010/7302; MP: *Encarnación Roca Trias*). Se trata de otra reciente sentencia dictada por el TS en materia de custodia compartida⁶¹. Recurrida en casación la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia,

⁶⁰ En este caso ante el abandono del domicilio conyugal por la madre, que sin embargo seguía acudiendo a su antigua casa para levantar a los niños y llevarlos al colegio, el padre presentó demanda solicitando el divorcio y la custodia exclusiva de sus hijos. La madre contestó reclamando la custodia compartida. Finalmente el JPI otorgó la custodia compartida, la AP admitió el recurso del padre concediéndole la custodia compartida y el TS finalmente casó la sentencia por entender que en este supuesto el interés del menor exigía de una custodia compartida.

⁶¹ Los hechos enjuiciados en este supuesto son los siguientes: Eduardo y Esmeralda contrajeron matrimonio el 22.7.1995. El matrimonio tuvo un hijo nacido el 12.7.1999. Se decretó la separación judicial por sentencia de 7.10.2002. En el FJ 6º de la STS que comentamos se señala que medió un convenio regulador entre las partes en el que no se acordó la custodia compartida. En tanto que dicho convenio no medió en el procedimiento de divorcio que fue contencioso, se deduce que la referencia al convenio regulador lo es respecto al procedimiento de separación y que en él se acordó por las partes conceder la guarda y custodia del hijo a la madre y no una custodia compartida.

Posteriormente Eduardo interpuso ante el Juzgado de Valencia demanda de divorcio contra Esmeralda solicitando la modificación de las medidas acordadas por la sentencia de primera instancia a fin de que se estableciera una custodia compartida del menor. Medida a la que se opuso Esmeralda. El JPI núm. 24 de Valencia dictó sentencia, con fecha 26.6.2006 estimando la demanda en el sentido de declarar disuelto por causa de divorcio el matrimonio formado por Eduardo y Esmeralda, acordando la guarda y custodia compartida del menor a favor de ambos litigantes que se sustanciaría en la forma de guarda mensual alternativa en cada una de las viviendas de ambos progenitores. Estableciendo un reparto a partes iguales de los gastos ordinarios y extraordinarios de la guarda. Esmeralda interpuso recurso de apelación. La Sección 10ª de la Audiencia Provincial de Valencia dictó Sentencia, con fecha 15.1.2007, declarando haber lugar al recurso por entender que no procedía

sentencia que había anulado la de primera instancia en la que se concedió la custodia compartida, el TS admitió el recurso, casando la sentencia. Nos detendremos en los argumentos esgrimidos en el FJ 6º de la sentencia para admitir el motivo de casación y optar por la custodia compartida son contundentes: a) que la medida de la guarda y custodia compartida debe acordarse siempre en interés del menor, que es el criterio fundamental a tener en cuenta para tomar esta decisión, criterio que es independiente de las opiniones de quien deba adoptar dicha medida y que debe basarse en razones objetivas; b) que si bien los padres no adoptaron este acuerdo en el convenio regulador (entendemos que se refiere a uno inicialmente acordado en el procedimiento de separación), las circunstancias familiares son siempre cambiantes y es por ello que como ya se ha recordado en el anterior fundamento, la propia Ley de Enjuiciamiento civil recuerda que en los procedimientos en los que deba tenerse en cuenta el interés del menor, no rige el principio dispositivo. Debe recordarse que cuando ha de resolverse aplicando el principio del interés del menor rige el principio de oficialidad y no el dispositivo; c) que el informe emitido por los servicios psico-sociales como prueba en segunda instancia concluía que la custodia compartida

la custodia compartida, volviendo a atribuir la guarda del menor a la madre. Argumentando la AP de Valencia que "[e]s criterio de esta Sala, salvo supuestos puntuales, que pudieran presentarse, que pudieran aconsejarla, la no concesión a los padres en situaciones de separación o divorcio, de la guarda y custodia compartida de los hijos".

Contra dicha sentencia Eduardo presentó recurso de casación y recurso extraordinario por infracción procesal. En concreto se presentaba recurso Extraordinario por Infracción Procesal al amparo de lo establecido en el art. 469.1, 2º, 3º y 4º, 218.2 y 348 de la LEC, así como vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la CE. Todo ello porque "La sentencia no se ha pronunciado sobre el informe que constituye la prueba llevada a cabo en segunda instancia, por lo que se ha producido indefensión". De hecho, en segunda instancia se pidió nueva prueba, porque al haberse acordado la guarda y custodia compartida, se pedía que se comprobara cómo funcionaba. La Sala accedió a que se procediera a un nuevo informe de los servicios psicosociales. Dicho informe concluyó que "se han observado condiciones favorables para la adopción de un sistema de custodia compartida", de modo que se recomendaba mantener el vigente sistema de medidas, "con el fin de favorecer la continuidad del menor en ambos contextos de manera equitativa". Si bien la Audiencia no se había pronunciado ni en sentido favorable o desfavorable sobre dicho informe. Por todo ello se pedía la nulidad de actuaciones.

Igualmente interpuso recurso de Casación al amparo de lo establecido en art. 477.2.3º de la LEC de 2000. Por infracción del art. 92.8 y 9 CC (téngase en cuenta que dichos párrafos se incluyeron en el CC por la Ley 15/2005 y que el recurso de casación se formuló en el año 2007), alegando que la propia sala sentenciadora (AP Valencia) había expuesto en reiteradas sentencias que conviene al interés del menor, salvo casos excepcionales, permanecer con ambos progenitores en la forma más parecida a la que precedió a la ruptura y concluye que solo la adopción de esta medida es la manera de proteger adecuadamente el interés del menor, de manera que siempre que se den los requisitos necesarios para la adopción de un sistema de guarda y custodia compartida, acordar esta medida es la mejor manera de proteger el interés del menor. Siendo esa misma la doctrina del TS en sentencias de 10.9.2009 y de 8.10. 2009. Añadiendo que a) que la medida de la guarda y custodia compartida debe acordarse siempre en interés del menor, que es el criterio fundamental a tener en cuenta para tomar esta decisión, criterio que es independiente de las opiniones de quien deba adoptar dicha medida y que debe basarse en razones objetivas; b) que si bien los padres no adoptaron este acuerdo en el convenio regulador, las circunstancias familiares son siempre cambiantes y es por ello que como ya se ha recordado en el anterior fundamento, la propia Ley de Enjuiciamiento civil recuerda que en los procedimientos en los que deba tenerse en cuenta el interés del menor, no rige el principio dispositivo. Es decir, cuando ha de resolverse aplicando el principio del interés del menor rige el principio de oficialidad y no el dispositivo.

había funcionado bien y que era aconsejable seguir manteniéndola; d) que el informe del Ministerio Fiscal era favorable a la custodia compartida.

Del estudio conjunto de estas cinco sentencias del TS de las que ha sido ponente Encarnación Roca i Trias se concluye que:

Recogen una misma doctrina a favor de la custodia compartida como medida prioritaria exigida por el interés del menor (si bien la primera en pronunciamiento *obiter dicta*): Es interesante observar el FJ 4º de la STS, 1ª, 1.10.2010 (RJ 2010/7302; MP: Encarnación Roca i Trias) del cual puede concluirse que acordar la custodia compartida es la mejor manera de proteger el interés del menor, y que debe ser acordada salvo casos excepcionales: “los argumentos del motivo en la parte admitida en el citado auto alegan la infracción del art. 92.8 y 9 CC, porque la propia Sala sentenciadora ha expuesto en reiteradas sentencias que conviene al interés del menor, salvo casos excepcionales, permanecer con ambos progenitores en forma más parecida a la que precedió a la ruptura y concluye que solo la adopción de esta medida es la manera de proteger adecuadamente el interés del menor, de manera que siempre que se den los requisitos necesarios para la adopción de una guarda y custodia compartida, acordar esta medida es la mejor manera de proteger el interés del menor. Se alega determinadas sentencias de audiencias que determinan jurisprudencia contradictoria. El motivo se estima”. Es decir, se aprecia una especial atracción hacia la custodia compartida, pues siempre que se den las circunstancias objetivas necesarias ha de ser adoptada por exigirlo el interés del menor, con lo que se invierte el esquema tradicional que entendía como regla general la custodia a favor de uno de los progenitores (en la práctica, la madre) y excepcional la custodia compartida, esquema ahora superado en favor de entender que la regla general ha de ser la custodia compartida y solo cuando está no fuera viable, excepcionalmente la custodia por un solo progenitor.

Igualmente se indica que en los procedimientos judiciales sobre menores no rige el principio dispositivo, tal como se afirma en la Exposición de Motivos de la vigente LEC y regula el art. 752.1.2 LEC. Recordemos que cuando no rige el principio dispositivo sino el de oficialidad, ni los jueces quedan sujetos a lo solicitado por las partes, ni éstos tiene plena libertad para allanarse, renunciar etc. Al respecto resulta muy significativa la STS, 1ª, 1.10.2010 (RJ 2010/7302; MP: Encarnación Roca i Trias) en la que literalmente se señala respecto a la custodia compartida que: “si bien los padres no adoptaron este acuerdo en el convenio regulador, las circunstancias familiares son siempre cambiantes y es por ello que como ya se ha recordado en el anterior fundamento, la propia Ley de Enjuiciamiento civil recuerda que en los procedimientos en los que deba tenerse en cuenta el interés del menor, no rige el principio dispositivo”, es decir, si en el convenio regulador no se acordó la custodia compartida es porque inicialmente ninguno de los padres la solicitó, y a pesar de ello y de lo dispuesto por el art. 92.8 CC la sentencia parece no ver en ello un especial obstáculo, en tanto que “no rige el principio dispositivo”.

Lo curioso de este fundamento, es que hubiera bastado con indicar que aunque inicialmente en la demanda de separación se acordó atribuir el ejercicio de la patria potestad exclusivamente a la madre en el convenio regulador, posteriormente el padre sí pidió la custodia compartida al

plantear la demanda de divorcio. Sin embargo, la sentencia quería sentar una doctrina distinta, y está es que en materia de interés del menor no rige el principio dispositivo.

Resulta cuando menos contradictorio que señalando las tres sentencias que comentamos como requisito para la custodia compartida ex art. 92.8 CC, el que sea pedida al menos por uno de los progenitores, sin embargo se añada igualmente el no sometimiento al principio dispositivo respecto al convenio regulador inicialmente acordado.

¿Es posible que el TS en estas sentencias en aras a la cláusula general del interés superior del menor y al carácter no dispositivo que en materia de menores se extrae del art. 752.1.2 LEC haya querido desvincularse del requisito recogido en el art. 92.8 CC? ¿Puede por tanto el Juez establecer una custodia compartida cuando ninguno de los padres la haya solicitado?⁶² Volveremos sobre esta cuestión más adelante.

Además se señala que el interés del menor es el criterio fundamental a tener en cuenta para decidir sobre la custodia compartida. Se subraya que el interés del menor ha de ser un criterio que es independiente de las opiniones de quien debe adoptar dicha medida y que debe basarse en razones objetivas. Es decir, en esta materia deben ser superados los viejos prejuicios fundados en el “deber ser de las cosas” o el orden natural y ceñirnos a los principios constitucionales en tanto desarrollo de la personalidad, igualdad y no discriminación de los padres, así como de protección libre desarrollo de la personalidad del menor; entendiendo la justificación de la familia en tanto sirva de cauce para el pleno desarrollo de sus miembros, incumbiendo muy especialmente a los padres este deber.

Finalmente se incluye en estas sentencias unos criterios objetivos orientadores para decidir sobre la custodia compartida precisamente para superar el subjetivismo y prejuicios con los que tradicionalmente ha sido observada esta figura: se parte del hecho cierto de que pueden mediar discrepancias entre los progenitores, especialmente cuando falta acuerdo, lo cual no impedirá la custodia compartida cuando resulte aconsejable atendiendo entre otros criterios: a la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales, los deseos manifestados por los menores competentes, el número de hijos, el cumplimiento por parte de los progenitores de su deberes en relación con los hijos, el cumplimiento por parte de los progenitores de su deberes de relación con los hijos, el respeto mutuo en las relaciones personales, los acuerdos adoptados por los progenitores, la ubicación de los respectivos domicilios, horarios y actividades de unos y otros, el resultado de los informes exigidos legalmente “y cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven”. De entre todos estos criterios hemos destacado el primero: la practica anterior de los

⁶² La hipótesis puede darse fácilmente. Señala MAGRO SERVET (2010, pp. 3-4), como es posible que cada uno de los progenitores solicite de forma exclusiva la guarda y custodia para sí, por lo que sería factible que el Ministerio Fiscal informara a favor de la custodia compartida tras oírse a los menores y aportarse y practicarse las pruebas respecto a los especialistas de los equipos especializados. Añade que sin embargo esta aprobación sería problemática precisamente por la limitación incluida en el apartado 8 del art. 92 CC.

progenitores en sus relaciones con el menor, pues al ponerlo en conexión con el inciso segundo del art. 68 CC, según su nueva versión tras la Ley 15/2005 dicha práctica debería ser compartida. Razón de peso para que igualmente tuviera dicho carácter la custodia tras la crisis matrimonial.

Podemos concluir que el TS está abriendo una nueva etapa en la forma de entender las relaciones paterno-filiales tras las crisis matrimoniales (doctrina que necesariamente deberá aplicarse también a las parejas no matrimoniales a pesar de que el legislador del 2005 las olvidase completamente), con unos planteamientos que resultan revolucionarios si atendemos a la común y tradicional concepción de la familia hasta ahora seguida por la mayoría de nuestras audiencias provinciales. No debe escapársenos que en muchas de nuestras audiencias provinciales se opta por no aplicar el art. 92.8 CC entendiendo como requisito inexcusable para decidir la custodia compartida que haya sido solicitada por ambos cónyuges.

3.2.3. Distintas reflexiones a la luz de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo

a. Necesidad de modificar la regulación vigente

De la lectura de estas sentencias se concluye que desde la perspectiva del interés superior del menor la custodia compartida es la medida más acorde al bien del niño, que el niño tiene derecho a seguir manteniendo una relación plena con sus dos padres tras la ruptura de estos, que la custodia compartida debería ser la regla y la custodia a favor de uno de los cónyuges la excepción y que el interés del menor es el criterio fundamental a tener en cuenta al tomar la decisión a favor de la custodia compartida, criterio que debería ser independiente de las opiniones de quien debe adoptar dicha medida y que debe basarse en razones objetivas. Por tanto, a la vista de su aplicación por nuestros tribunales las reformas del año 2005 se han quedado ya cortas, y sería necesario introducir en nuestro CC una norma que de forma clara y sin ambigüedades estableciera la primacía de la custodia compartida tal y como se ha hecho en Aragón y Valencia, concibiéndola como regla general de la que solo pudiera apartarse por excepción y aplicable tanto a familias matrimoniales como no matrimoniales. En todo caso, debe evitarse que en adelante la decisión sobre la custodia compartida pueda quedar condicionada por la exclusiva voluntad de uno de los padres, como hasta ahora en la práctica ha ocurrido. De hecho, puesto que muchas de nuestras Audiencias normalmente solo conceden la custodia compartida cuando se solicita de mutuo acuerdo, basta con que uno de los progenitores se niegue a tal medida para que no sea observada. Y como también es tributaria de nuestra tradición la opinión de que es la madre la cuidadora natural de los hijos, resultará que a la madre le bastará con negarse a la custodia compartida para asegurarse la exclusiva custodia de sus hijos.

Finalmente es la madre la que decide y el padre el que sufre la decisión pues normalmente no solo quedará privado del trato diario con sus hijos sino que además se verá obligado a salir del domicilio familiar y hacerse cargo de las pensiones que por alimentos se fijen en la sentencia de separación o divorcio y de las cargas y gastos de la vivienda familiar. Evidentemente hay demasiados intereses en juego como para que se impongan criterios objetivos. De hecho, en muchas ocasiones, son los propios abogados matrimonialistas los primeros en aconsejar a la madre la custodia exclusiva de sus hijos y desaconsejar la custodia compartida por los innegables

beneficios patrimoniales que conlleva dicha custodia exclusiva a favor de la madre. Y en tanto se tenga la certeza que la correspondiente Audiencia Provincial es contraria a la custodia compartida por no admitirla cuando no se haya solicitado por ambos cónyuges finalmente estaremos todos en un callejón sin salida.

Es decir, es necesaria una inmediata modificación legal del régimen establecido ya que los operadores jurídicos por sí solos no están dispuestos a moverse. La modificación debería ir en la línea que ya apuntan las SSTS comentadas, establecer la custodia compartida como regla y solo excepcionalmente admitir la custodia a favor de uno de los cónyuges. Solo en dicho supuesto existirá igualdad entre los cónyuges a la hora de poder negociar de igual a igual la custodia de sus hijos⁶³. Pues con el sistema actual se está a la voluntad de la madre y ciertamente el interés del menor es lo último que importa. No hay nada que negociar porque la decisión ya está tomada de antemano. Puede que el padre sea muy buen padre y haya cuidado personalmente del hijo durante años, pero eso no se tendrá en cuenta si la madre simplemente se opone a la custodia compartida. Sería interesante saber qué pasaría si el juez hiciera saber a las partes antes de decidir que considerará que actúa en beneficio del interés del menor al que solicite y esté dispuesto a ejercer una custodia compartida y en contra de dicho interés al que se oponga a ello, añadiendo que en todo caso decidirá a favor del padre que presente una disposición o conducta en la que prime el interés del menor sobre su propio interés. Quizá en ese momento gran parte de los problemas que aquí planteamos resultasen mágicamente resueltos y se pueda atender, de verdad, a las reales circunstancias del concreto supuesto sobre el que hay que decidir.

b. ¿Es posible que el TS en estas sentencias haya querido desvincularse del requisito del art. 92.8 CC en aplicación de la cláusula general del ISM y por el carácter no dispositivo que en materia de menores se extrae del art. 752.1.2 LEC?

Analizamos en primer lugar el problema jurídico al que el TS quería dar respuesta:

El problema jurídico que subyace está provocado por la reforma de 2005 del art. 92 CC que sin duda en este aspecto supuso un auténtico paso atrás en nuestra regulación. GARCÍA RUBIO y OTERO CRESPO⁶⁴ han puesto de manifiesto esta involución legal: la redacción dada al art. 92 CC por la Ley 15/2005 impide al juez decidir una custodia compartida cuando ninguno de los padres la pida, reclamando cada uno de ellos el ejercicio exclusivo de la custodia de los hijos comunes; y ello aunque el Juez entienda que la mejor medida para el menor en ese caso concreto sea precisamente atribuir la custodia conjunta del mismo a sus dos padres (obstáculo acrecentado por la exigencia del requisito vinculante del Ministerio Fiscal que estudiaremos más adelante).

⁶³ Se concluye que solo desde la igualdad y el equilibrio entre las partes puede llegarse a acuerdos satisfactorios y puede acordarse una custodia compartida sin interferencias. Señala SILLERO CROVETTO (2010, p. 20), que en materia de custodia compartida el legislador debe arbitrar medios para incentivar los acuerdos entre los padres que permitan un mayor equilibrio en el reparto de responsabilidades y la búsqueda de soluciones que protejan a todos los miembros de la familia sin producir desequilibrios, pues este será la única garantía para que se reduzca la conflictividad y litigiosidad en los procesos de ruptura.

⁶⁴ GARCÍA RUBIO y OTERO CRESPO (2006, pp. 32-33).

Pues bien, con anterioridad a la Ley 15/2005 la STC, 2ª, 15.1.2001 (RTC 2001/4; MP: *Tomás Salvador Vives Antón*), había establecido que la custodia compartida se podía imponer incluso de oficio cuando ello fuera a entender del juez lo más adecuado al interés del menor. Pero es que la nueva regulación no solo entró en contradicción con la doctrina de nuestro TC, sino que además, tal como las autoras citadas señalan, entró en claro y directo conflicto con el art. 2 de la LO 1/1996 que recoge la cláusula general del interés superior del menor. Ante esta normativa, en clara involución con respecto a la legislación vigente con anterioridad a su entrada en vigor, y directamente enfrentada a la doctrina de nuestro TC y a la cláusula general del ISM era evidente, que antes o después nuestro TS tomaría posiciones para encauzar este desbordamiento jurídico.

Esta incoherencia ya la puso de manifiesto SEISDEDOS MUIÑO⁶⁵ en uno de los primeros comentarios a la reforma, al afirmar que si bien tanto el TS como el TC consideran que el principio dispositivo se atenúa en este tipo de procedimientos a favor de una mayor discrecionalidad judicial, en aras a los superiores intereses en juego; sin embargo, el art. 92.8 CC ha pretendido limitar el arbitrio del Juez en clara muestra de desconfianza colocando la voluntad de los padres por encima del interés del menor.

En segundo lugar nos referimos al supuesto concreto objeto de estudio:

Volvemos ahora al tema anteriormente planteado y ello para proponer a título de hipótesis una solución alternativa que podría dar sentido a esta cuestión. Evidentemente se trata de una hipótesis de trabajo y como tal ha de ser entendida en su justa medida. Investigar en el ámbito jurídico implica abrir nuevos caminos mediante formulaciones jurídicas suficientemente sólidas, es precisamente por ello que hacemos aquí esta proposición, aún a sabiendas de que no es una tesis que al día de hoy se haya recogido por nuestros tribunales, si bien una comprensión profunda de los efectos que una cláusula general puede generar nos lleva a pensar que podría aportar una explicación admisible.

Al igual que tras la reforma del Título Preliminar del Código civil de 1974 que incluyó la cláusula general de la buena fe en el mismo ha dado lugar a un desarrollo jurisprudencial del Derecho reflejado en las diversas teorías jurídicas que han seguido nuestros tribunales para la aplicación de dicha cláusula general, como la teoría que veta ir contra los propios actos o la del retraso desleal, igualmente creemos que la inclusión de la cláusula general del ISM en la LO 1/1996 ha abierto unos horizontes que pueden permitir un nuevo desarrollo jurisprudencial del Derecho de familia. Explicada con las debidas cautelas los motivos para nuestra proposición pasamos ahora a exponerla:

Ya hemos señalado que si bien las en las sentencias estudiadas del TS se reitera que en esta materia no rige el principio dispositivo, el problema planteado se recoge especialmente en la STS, 1ª, 1.10.2010 (RJ 2010/7302; MP: *Encarnación Roca i Trias*) cuando se afirma que “si bien los padres no adoptaron este acuerdo en el convenio regulador (la custodia compartida), las circunstancias familiares son siempre cambiantes y es por ello que como ya se ha recordado en el anterior

⁶⁵ SEISDEDOS MUIÑO (2005, p. 8).

fundamento, la propia LEC recuerda que en los procedimientos en los que deba tenerse en cuenta el interés del menor, no rige el principio dispositivo”. Entendemos que lo que se viene a decir es que si bien inicialmente ninguno de los padres solicitó la custodia compartida (fue otro el acuerdo), ello no debe suponer un grave problema en tanto que “no rige el principio dispositivo”⁶⁶.

Para comprender este argumento esgrimido por la ponente, podemos consultar sus publicaciones sobre la materia. ROCA I TRIAS ha escrito que el interés del menor funciona como cláusula general, que la inclusión del interés del menor en nuestro Derecho como cláusula general ha supuesto la ventaja de permitir que el intérprete adapte las soluciones a los criterios de la conciencia social, siempre en evolución⁶⁷. Si recordamos las primeras líneas de este trabajo en las que se ha explicado cómo funciona la cláusula general del interés del menor, recordaremos que una cláusula general es un principio general en forma de disposición normativa por lo que adquiere fuerza de ley, siendo directamente aplicable por el Juez (no subsidiariamente como serían los principios generales ex art. 1 CC).

Pues bien, cuando una norma que contiene una cláusula general choca frontalmente con otra norma de otro tipo, el juez ha de decidir cuál de las dos normas debe aplicarse. Recordemos la hipótesis planteada al comienzo de este trabajo. Concluimos que una disposición normativa que contenga una cláusula general puede neutralizar otra disposición normativa cuando ambas resulten de aplicación incompatible al caso concreto, el juzgador ha de elegir entre una y otra según las circunstancias del caso concreto; y en tal vicisitud hay que tener en cuenta que precisamente las cláusulas generales se han introducido en nuestro ordenamiento para completarlo, dotarlo de flexibilidad y adaptar la rigidez de la norma a la conciencia social.

En tanto que la cláusula general del interés superior del menor ha de ser el criterio clave para decidir sobre la custodia compartida del menor, según nos informa la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, debemos reproducir aquí el esquema anteriormente explicado. Es decir, caso de que la norma que recoge la cláusula general del interés superior del menor choque frontalmente con otra, (en este caso el art. 92.8 CC), por entender el juez que aunque no la haya pedido ninguno de los padres lo mejor para el menor es la custodia compartida, el juzgador deberá elegir cuál de las dos normas (que resultan incompatibles en el caso concreto) ha de prevalecer, y desde esta perspectiva la cuestión puede resolverse a favor de la cláusula general precisamente porque “en los procedimientos en los que deba tenerse en cuenta el interés del menor, no rige el principio dispositivo”. Doctrina que hay que aunar con la que nos da STS, 1ª, 28.9.2009 (RJ 2009/7257; MP: Encarnación Roca i Trias) según la cual, tal como ya se ha señalado, la

⁶⁶ ALASCIO CARRASCO (2011, p. 18) señala al comentar estas sentencias que es momento de comenzarse a plantear si el juez en la búsqueda del interés superior del menor realmente requiere de la solicitud de al menos uno de los padres para conceder la custodia compartida o si bien en otros casos en los que por ejemplo ambos excónyuges hayan solicitado para sí la custodia individual, también puede concederla.

⁶⁷ ROCA I TRIAS (1994, p. 975).

normativa relativa al interés del menor tiene características de orden público, es decir, que ha de ser necesariamente observada por jueces y tribunales en las decisiones que tomen sobre menores.

Desde esta perspectiva se entiende que en estas sentencias del TS la contradicción era aparente, es cierto que reconocen como requisito legal de la custodia compartida el que haya de ser solicitada al menos por uno de los progenitores, y sin embargo dicho requisito puede quedar neutralizado cuando por exigirlo las circunstancias del caso concreto el interés superior del menor sea mantener una relación compartida con sus dos padres. Es decir, si el juez en el caso concreto enjuiciado llega al convencimiento de que lo mejor para el ISM es la custodia compartida, debe establecerla aunque ninguno de los padres la hubiere solicitado. No obstante, creemos que solo se podría prescindir de este requisito, que exige que al menos uno de los progenitores pida la custodia compartida, cuando ambos progenitores pidan para sí la guarda y custodia de su hijo. No creemos que sea compatible con el interés del menor imponer una custodia compartida a quien ni solicita ni desea ejercer la guarda y custodia de su hijo.

Esta interpretación que se propone de esta Jurisprudencia es acorde con el sistema de cláusulas generales introducido en nuestro ordenamiento (especialmente tras la reforma del título preliminar del CC en 1974 a la que nos hemos referido en el capítulo preliminar de este trabajo) y que permiten al juez no solo adaptar la ley a las necesidades del caso concreto, sino también el desarrollo jurisprudencial del derecho⁶⁸. Sin estas cláusulas generales el derecho estaría excesivamente encorsetado y la función del juez excesivamente mecanizada. Es necesario abrir válvulas de escape para que en nuestro ordenamiento entre aire fresco que permita vigorizarlo y autointegrarlo. Y estas válvulas de escape no son otras que las cláusulas generales, pues éstas no se limitan a completar el Derecho en abstracto, sino que sirven también para desarrollarlo y adecuarlo a las condiciones cambiantes cuando el legislador no atiende a ciertas novedades sensibles que surgen poco a poco⁶⁹.

c. Otros supuestos en los que puede chocar frontalmente la cláusula general del interés superior del menor con otras normas aplicables

Es lo cierto que la solución propuesta refleja la fuerza transformadora que una cláusula general puede provocar en la materia en la que incide. De hecho la cláusula general del interés superior del menor está transformando de forma silenciosa y paulatina todo el derecho de familia, recogemos aquí algunos supuestos que podrían interpretarse en clave de cláusula general:

- En primer lugar estudiamos la incidencia de esta cláusula general en la observación del requisito del informe favorable del Ministerio Fiscal:

Ya se ha señalado que el requisito del informe favorable del Ministerio Fiscal quedó en la redacción definitiva del art. 92.8 CC como consecuencia de una equivocación en la votación final

⁶⁸ MIQUEL GONZÁLEZ (1997, p. 315).

⁶⁹ MIQUEL GONZÁLEZ (1997, p. 315).

de su aprobación en trámite parlamentario, mal presagio para una reforma que no tardó mucho en ser impugnada ante el TC⁷⁰. Lo cierto es que se trata de una norma hoy vigente que limita la discrecionalidad judicial al conceder la función decisoria al Ministerio Fiscal, todo un despropósito que complica aún más el análisis de la custodia compartida. Evidentemente este informe preceptivo del Ministerio Fiscal, si es favorable, no es vinculante, pero si es desfavorable si impedirá al Juez acordar la custodia compartida, por lo que en tal caso el Ministerio Fiscal ejercerá una función de veto al Juez que condicionará su independencia.

Al respecto nos parece interesante referirnos al supuesto resuelto por el Auto JPI Gijón, núm. 8, 22.6.2010 (La Ley, núm. 7498)⁷¹ en el que tras presentarse escrito de demanda de medidas provisionales-coetáneas contra el esposo solicitando entre otros extremos la custodia exclusiva a favor de la madre de los dos hijos del matrimonio, el marido contesta solicitando la custodia

⁷⁰ Cuestión de inconstitucionalidad de 13.9.2006 presentada por la Sección 5ª de la Audiencia de las Palmas, por entender que el requisito del informe “favorable” del Ministerio Fiscal quiebra el derecho a la tutela judicial efectiva y supone un ataque a la independencia de los Jueces. Por su parte, la doctrina ha señalado que la inclusión de este requisito en el art. 92.8 CC contradice la doctrina existente del TC hasta antes de la reforma de 2005. Por todos, CLAVIJO SONTURA (2009, p. 119).

⁷¹ Publicado en el Diario La Ley núm. 7498. Sección la sentencia del día, el 28.10.2010. Los hechos objeto del litigio fueron los siguientes: Hortensia decidió divorciarse de Doroteo por lo que presentó ante el Juzgado de Gijón (Asturias) escrito de demanda de medidas provisionales-coetáneas a la interposición de la demanda de divorcio (art. 102 CC y 773 LEC que se resuelven mediante auto no recurrible) contra su esposo solicitando entre otros extremos la custodia de los dos hijos del matrimonio, que se le atribuyera a ella junto a sus hijos el uso de la vivienda familiar y las correspondientes pensiones de alimentos de sus hijos, ratificándose en su escrito inicial el 22.6.2010.

Doroteo se opuso a tales medidas, solicitando la custodia compartida de los menores que debería distribuirse por periodos de 6 días alternos, quedando los menores durante dicho periodo en el domicilio de cada uno de los padres o subsidiariamente si tal petición no fuese admitida que los hijos permanecieran constantemente en el domicilio conyugal pero turnándose los padres que cada 6 días vivirían en dicho domicilio conyugal con los menores, solicitando que cada uno de los progenitores se hiciera cargo de los gastos ordinarios que se produjeran durante el periodo que conviviera con los menores y que los gastos extraordinarios se repartieran por partes iguales entre ambos excónyuges.

Hortensia se negaba a tal posibilidad por entender que le correspondía a ella la guarda de los menores por darse la circunstancia añadida de que disponía de todas las tardes libres por trabajar solo durante las mañanas y ser lo mejor para sus hijos. Además consideraba que la custodia compartida en nada favorecía al interés del menor por que caería víctima del síndrome del niño maleta. Además Hortensia señalaba que en el hipotético caso de que hubiese lugar a la custodia compartida en absoluto la contribución de ambos cónyuges a los gastos ordinarios y extraordinarios debía ser paritaria por darse la circunstancia de que Doroteo tenía un sueldo ostensiblemente superior al suyo. Por lo que la petición de Doroteo le parecía abusiva y de mala fe.

Doroteo sin embargo entendía que su trabajo no le impediría ejercer la custodia compartida precisamente por tratarse de un trabajo fraccionado en el tiempo en el que se trabaja seis días seguidos y se descansa seis días seguidos. Y por otro lado señaló que su esposa Hortensia acababa de rechazar un empleo que le hubiera proporcionado un sueldo similar al de su marido, prefiriendo permanecer en un puesto de trabajo con un horario reducido. Es decir, que el único motivo por el que Hortensia obtenía un sueldo inferior a Doroteo era su voluntad, y que lo que no podía pretender es trabajar menos y que la diferencia de sueldo se la costeara su exmarido.

compartida. Finalmente se dictó Auto favorable a la custodia compartida del menor, en el que como argumento *obiter dicta* se refería que: “uno de los obstáculos con que podríamos encontrarnos, para acordar la custodia compartida sería la redacción del art. 92 CC que dice que cuando no están de acuerdo los progenitores para acordar la guarda y custodia compartida es necesario el informe favorable del Ministerio Fiscal. Al respecto decir dos cosas: a) que esa necesidad de un informe favorable debe ser entendida e interpretada desde el prisma del interés superior del menor, es decir se puede entender que es preciso un informe favorable del Ministerio Fiscal, que puede ser expreso o tácito; en una palabra se debe entender que hay informe favorable siempre que el Ministerio Fiscal no informe de forma motivada su negativa expresa a esa guarda y custodia compartida”.

Más lejos han llegado la SJPI Barcelona, núm. 15, 22.1.2007 y la SJPI Granollers, núm. 4, 27.3.2007 al señalar que a pesar este condicionante (la exigencia del informe favorable del Ministerio Fiscal) esta circunstancia no va a impedir al Juez, aunque medie informe desfavorable, que apruebe la guarda y custodia compartida cuando motivadamente considere que es lo más adecuado para el menor⁷². En esta línea señala HERNANDO RAMOS que el dictamen del Ministerio Fiscal, si bien debe de valorarse por el Juez en el momento de adoptar su decisión, no debe operar como presupuesto impeditivo en los supuestos que se verifica que la custodia compartida debe ser el régimen que mejor protege el interés del menor, por lo que no debe vincular la decisión del juez. Pues el último criterio para decidir será el ISM, interés que no vendrá determinado por la voluntad de los padres, ni del Ministerio Fiscal, sino que se debe a la discrecionalidad judicial que valorando todos los elementos probatorios decida lo que estime más conveniente⁷³. Finalmente se entiende que esta antinomia jurídica podría encontrar una respuesta clarificadora en clave de cláusula general, es decir entendiendo que la solución será aplicar la cláusula general del ISM del art. 3 L 1/1996 frente al art. 92.8 CC y resolver dicho conflicto reconociendo primacía a la cláusula general según el esquema anteriormente planteado.

- En segundo lugar relacionamos el ISM con la aplicación del artículo 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción asistida:

A mayor abundamiento podemos referirnos también tanto a la RDGRN de 18.2.2009 como a la instrucción de la DGRN de 5.10.2010, que optaron por no aplicar al caso concreto el art. 10 de la [Ley 14/2006, de 26 de mayo, de Técnicas de Reproducción Humana Asistida](#) (BOE núm. 126, de 27.5.2006) (en adelante, LTRHA), que prohíbe los contratos de gestación sustitutoria (madres de

⁷² Sentencias citadas por HERNANCO RAMOS (2009, p. 3). Si bien hay que tener en cuenta que la SAP Barcelona, secc. 12ª, 15.1.2009 (La Ley 6282/2009; MP: Pascual Martín Villa) señaló siguiendo la doctrina del TSJC que “no resulta de aplicación en Cataluña lo preceptuado en el art. 92.9 del CC”. Igualmente el TSJC ha establecido en STSJ Cataluña, 3.3.2010 (Publicada en el Diario La Ley, núm. 7433, Sección Jurisprudencia el 28.6.2010; MP: Carlos Ramos Rubio), que el art. 92 CC no es aplicable en el territorio de derecho civil catalán. En todo caso el art. 233-10 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro II del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia (DOGC núm. 5686, de 5.8.2010) no exige el informe favorable del Ministerio fiscal. Cuestión distinta sería que resultare aplicable el art. 92 del CC de acuerdo con la vecindad civil de las partes.

⁷³ HERNANCO RAMOS (2009, p. 10).

alquiler) en aras a hacer prevalecer el interés del menor, pues en este caso no resultaba una solución admisible que el menor quedase apátrida y sin filiación declarada⁷⁴. Evidentemente esta solución tan criticada y tan necesaria podría encajar en nuestro Ordenamiento entendiéndola como un supuesto en el que la aplicación de la cláusula general del ISM puede neutralizar la aplicación del art. 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

- En tercer lugar analizamos la incidencia del ISM en la aplicación del art. 172.4 CC que señala que en caso de desamparo se procurará la reinserción del menor en la propia familia (en cuanto las circunstancias cambien y lo permitan), así como el principio de prioridad de la propia familia natural proclamado en la Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 30.12.1986 en su art. 9:

⁷⁴ VERDA Y BEAMONTE (2010) y FARNÓS AMORÓS (2010). Los hechos fueron los siguientes: mediante escrito presentado en el Registro Civil Consular de Los Ángeles (Estados Unidos), dos ciudadanos españoles que conformaban un matrimonio homosexual solicitaron la inscripción de nacimiento de sus dos hijos nacidos en San Diego, California (Estados Unidos) en el mes de octubre de 2008 mediante “gestación de sustitución”. Aportando como documentación: certificados de nacimiento de los menores, libro de familia de los interesados, que contrajeron matrimonio en Valencia en octubre de 2005. El Encargado del Registro Civil Consular, mediante auto de noviembre de 2008, denegó lo solicitado por los interesados, en virtud de lo dispuesto en el art. 10 párrafos 1 y 2 de la Ley 14/2006, sobre técnicas de reproducción asistida. Los interesados interpusieron recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, solicitando la inscripción de los menores en el Registro Civil español. La DGRN resolvió mediante Resolución de 9.2.2009 admitiendo la inscripción del menor haciendo constar la filiación paterna a favor de los dos solicitantes.

Dicha resolución aplicó el art. 81 del [Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil](#) (BOE núm. 296, de 11.12.1958) (en adelante, Reglamento del Registro Civil), el cual considera como título para la inscripción el documento auténtico extranjero, con fuerza en España con arreglo a las leyes o Tratados internacionales. Apoyándose en este precepto, la Dirección General de los Registros y del Notariado, entendió que el funcionario encargado del Registro Consular debía limitarse a comprobar si, como exige el art. 85 del Reglamento, el documento aportado era “regular y auténtico, de modo que el asiento [...] en cuanto a los hechos de que da fe, tenga garantías análogas a las exigidas para la inscripción por la Ley Española”. Añadiendo que en virtud del principio del interés superior del menor procedía la inscripción pues el menor no podía quedar apátrida.

Dicha resolución fue objeto de recurso, argumentándose que: a) el art. 23 de la [Ley de 8 de junio de 1957 sobre el Registro Civil](#) (BOE núm. 151, de 10.6.1957), dice que podrá practicarse inscripción, “sin necesidad de previo expediente, por certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros, siempre que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española”. b) Que el hecho inscrito no se corresponde con la realidad pues los dos varones solicitantes no pueden ser padres biológicos del hijo. c) El art. 10 LTRHA prohíbe terminantemente la gestación sustitutoria por lo que no se ha cumplido la legalidad prevista por la ley española que declara nulos dicho tipo de contratos. d) Que la aplicación del principio superior del menor no permite inaplicar normas imperativas de nuestro Ordenamiento. e) Que existen otras vías indirectas conformes a nuestro Ordenamiento para lograr el fin propuesto. Finalmente el JPI dictó sentencia el 15.9.2010 admitiendo el recurso y decretando la nulidad de la filiación. A los pocos días la DGRN dictaba una Instrucción de 5.10.2010 por la que se ha puesto fin a esta inseguridad jurídica admitiendo dicho tipo de filiaciones cuando se aporte en el expediente resolución de juez competente extranjero que declare la filiación.

Nos referimos a la STS, 1ª, 31.7.2009 (RJ 2009/4581; MP: *Juan Antonio Xiol Ríos*) que en aras al interés superior del menor aplicó dicha normativa sentando la siguiente doctrina: para acordar el retorno del menor desamparado a la familia biológica no basta con una evolución positiva de los padres biológicos, ni con su propósito de desempeñar adecuadamente el rol paterno y materno, sino que es menester que esta evolución, en el plano objetivo y con independencia de las deficiencias personales o de otro tipo que puedan haber determinado el desamparo, sea suficiente para restablecer la unidad familiar en condiciones que supongan la eliminación del riesgo de desamparo del menor y compensen su interés en que se mantenga la situación de acogimiento familiar en que se encuentre teniendo en cuenta, entre otras circunstancias, el tiempo transcurrido en la familia de acogida, si su integración en ella y en el entorno es satisfactoria, si se han desarrollado vínculos afectivos con ella, si obtiene en la familia de acogida los medios necesarios para su desarrollo físico y psíquico, si se mantienen las referencias parentales del menor con la familia biológica y si el retorno al entorno familiar biológico comporta riesgos relevantes de tipo psíquico

- En cuarto lugar nos referimos a la inaplicación del art. 176.2 CC: el requisito de la propuesta previa de la entidad pública a favor del adoptante o adoptantes:

Finalmente recogemos aquí un supuesto repetido entre nuestros juzgados y tribunales. Se trata de resoluciones que consideran innecesaria la propuesta previa de la entidad pública para la adopción cuando el ISM exige como mejor medida para el menor que dicha adopción se perfeccione. En ocasiones y en supuestos de adopción simple se ha llegado a sugerir la aplicación analógica del art. 176.2.3 CC previsto para el supuesto de previo acogimiento preadoptivo⁷⁵. Evidentemente no procede dicha aplicación analógica de la norma por no tratarse de un supuesto en que medie laguna de ley al no tratarse de un olvido del legislador. Todo lo contrario, el legislador expresamente ha diferenciado los supuestos de acogimiento simple y permanente respecto al preadoptivo exigiendo en los primeros el requisito de la previa propuesta de la entidad pública y eximiendo del mismo en el tercero. Sin embargo la *ratio decidendi* de la sentencia fue la aplicación del ISM previsto en el art. 2 de la LO 1/1996, evidentemente en este

⁷⁵ SJPI Madrid, núm. 29, 24.2.2011 (Publicada por *Diario La Ley* núm. 7643, Sección Jurisprudencia, 2.6.2011, pp. 1 y ss.; MP: *María Teresa del Perpetuo Socorro Martín Nájera*). En este caso concreto nacida la niña en prisión y muerta la madre al poco tiempo fue dada en acogimiento simple a una pareja de Madrid cuya media de edad era de 48 años. En la legislación autonómica madrileña se ha incluido un límite para la adopción que no se contempla en la legislación estatal, esto es que la diferencia de edad entre el adoptado y los adoptantes no pueda superar los 42 años, motivo por el que los acogedores no reunían los requisitos legales para poder adoptar. (Requisito que no se exige en todas las CCAA y en las que se exige dista la diferencia de edad exigida, razón por la que podría dudarse de su constitucionalidad). Por otro lado, en autos se realizó un informe psicosocial que acreditó la idoneidad de los acogedores para adoptar al menor y quedó acreditado el apego entre ellos. Por ello el Juez ante la demanda formulada por los acogedores contra la resolución dictada por la Comisión de Tutela del Menor de la Consejería de Familia y Asuntos Sociales de la Comunidad de Madrid por la que se desestimaba su solicitud de adopción y se decreta el cese del acogimiento familiar simple, consideró aplicable el art. 176.2.3 CC y en aras al ISM recogido en la Ley Orgánica 1/1996 según el cual “cualquier medida, judicial o administrativa, que afecte a un menor habrá de estar presidida por el interés del mismo, que habrá de prevalecer sobre cualquier otro, aun perfectamente legítimo, que pudiera concurrir” (la cita es de la sentencia) se estimó la demanda interpuesta acordándose constituir una adopción sobre el menor a favor de los solicitantes.

supuesto el Juzgador apreció la confrontación directa entre dicho artículo y la imposibilidad de otorgar la adopción a los acogedores en aplicación del art. 176.2 CC y de la normativa de la CA de Madrid que les exigía una menor edad y optó por preferir la aplicación de LO 1/1996 si bien justificando su decisión en una aplicación analógica de difícil acomodo. Es claro, que este supuesto también se podría explicar jurídicamente considerando que en realidad se trataba de un supuesto en que la aplicación de unas concretas normas se oponía a una cláusula general y que en tal caso dicha cláusula general podría neutralizar la aplicación de dicha norma⁷⁶.

3.2.4. Modalidades de custodia compartida

- ¿Debe quedar la vivienda familiar vinculada a los hijos en el supuesto de la custodia compartida?

El ejercicio de la custodia compartida presenta un amplio abanico de posibilidades pues deberá amoldarse a las circunstancias de cada caso. Hasta la fecha el ejercicio de estas modalidades con frecuencia ha querido vincularse por uno u otro medio a la continuidad del uso de la vivienda familiar por los hijos o a su adjudicación al progenitor con una situación económica más débil.

⁷⁶ En la misma línea encontramos sentencias de Audiencias Provinciales que incluso antes de la [Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional](#) (BOE núm. 312, de 29.12.2007) (que en cierta medida ha intentado regularizar el supuesto mediante una vía muy criticada y criticable) han querido ver un acogimiento preadoptivo en la figura coránica de la kafala. Dicha institución si bien mantiene el vínculo con la familia biológica, otorga la guarda del menor a otra familia. El problema ha surgido cuando se ha pretendido que dicha institución ampararía un acogimiento preadoptivo, pues en los ordenamientos en que rige el Corán la adopción no está permitida. Por tanto, en realidad se trataba de acogimientos permanentes en los que los acogedores solicitaban la adopción directamente sin que mediase la propuesta previa de la entidad pública exigida por el art. 176.2 CC. A título de ejemplo recogemos aquí el Auto de la AP Málaga, 20.3.2007 (Rollo de apelación núm. 135/07, Auto núm. 81/07; MP: *Antonio Alcalá Navarro*), en el cual se desestimaron los recursos de apelación formulados por el Ministerio Fiscal y la Junta de Andalucía contra el Auto 15.9.2006 por el Juzgado que concedía la adopción en tal supuesto.

No obstante, creo que en estos supuestos debemos ser muy cautelosos. Conceder la adopción en estos casos puede suponer evadir la aplicación de las reglas del Derecho Internacional Privado conforme a las cuales el menor había sido encomendado en régimen de kafala. Además, puede implicar una ruptura definitiva del menor con su cultura de origen y puede provocar serios problemas en tanto que la legislación del país de origen del menor no reconozca la adopción (así por ejemplo en un determinado momento el adoptado podría ser llamado a realizar el servicio militar obligatorio en su país de origen). De hecho, conseguir una adopción por los cauces ordinarios se ha vuelto tan difícil y tan lento (se tardaría años) que posibilitar esta otra vía podría alentar a un verdadero fraude de ley, pues se obtendrían las adopciones de forma rápida y segura y sin pasar por la propuesta previa de la entidad pública española, (ni por tanto por el control de idoneidad). Otros supuestos en los que se admitió la conversión de una kafala en adopción fueron los siguientes: Auto AP Barcelona, 28.3.2008 (JUR 2008/149354; MP: *Ana Jesús Fernández San Miguel*), Auto AP Barcelona, 8.7.2008 (JUR 2008/315373; MP: *María Dolores Viñas Maestre*); Auto AP Barcelona, 30.10.2008 (JUR 2009/77866; MP: *Margarita Blasa Noblejas Regrillo*).

Sin embargo, no se entendió procedente la adopción por faltar la previa propuesta administrativa en el supuesto de Auto AP Tarragona, 23.6.2008 (AC 2008/1710; MP: *María Pilar Aguilar Vallino*); Auto AP Cádiz, 11.12.2008 (JUR 2009/59788; MP: *Rosa María Fernández Nuñez*); Auto AP Valladolid, 11.12.2008 (JUR 2009/264035; MP: *Francisco Salinero Román*).

Por tanto, en ocasiones el uso de la vivienda se atribuiría a uno de los progenitores (el que esté en una situación económica peor, tradicionalmente la madre⁷⁷) saliendo el otro (el padre) de la vivienda familiar para instalarse en otra, donde recibiría a los hijos en los periodos de guarda que le correspondiera⁷⁸. Igualmente en otros casos se ha decretado directamente que los hijos permanecieran en la vivienda familiar siendo los padres los que rotarían en ella⁷⁹.

La doctrina ha señalado que uno de los grandes olvidos de la reforma que introdujo la custodia compartida en nuestro CC (Ley 15/2005) fue modificar el art. 96 CC en el que se regula la situación de la vivienda familiar tras la crisis matrimonial⁸⁰. Por tanto dicho artículo sigue pensando que los hijos quedarán a cargo de uno solo de sus padres. No obstante esta norma no distingue y deberá ser también aplicada a supuestos de custodia compartida, y en tal caso su aplicación literal obligaría a que los hijos permanecieran siempre en la vivienda familiar y ser sus padres quienes alternativamente convivieran en la misma con ellos. GARCÍA RUBIO y OTERO CRESPO denuncian que tal solución no es siempre posible en la práctica y por ello abogan por desligar uso de la vivienda y ejercicio de la patria potestad, pues terminado el matrimonio entienden que la vivienda debería corresponder a su titular salvo en supuestos excepcionales y transitorios en que la peor situación de su excónyuge aconseje reconocerle algún derecho de uso, preferiblemente a cambio de un precio⁸¹.

En todo caso entendemos que de mediar una única vivienda en el matrimonio y de ser ello posible, puede plantearse como una fórmula válida su venta para repartir los ingresos entre los padres (caso de que fuese ganancial o en comunidad) a fin de poder estos adquirir otras viviendas dignas pero de menor valor (u optar por un alquiler) a fin de evitar una situación de ahogo económico en muchos casos extrema, antes que obligar a mantener una vivienda común difícilmente compatible con las economías de los excónyuges en la nueva situación. Igualmente y

⁷⁷ Señala PINTO ANDRADE (2009, p. 86), que en la mayoría de las ocasiones cuando existe custodia compartida se atribuye el uso de la vivienda familiar a los hijos y uno de los progenitores. Señala que en tal caso, el Juez decide atendiendo al art. 96.3 CC relativo a la inexistencia de hijos en común y que remite al “interés más necesitado de protección”.

⁷⁸ En este sentido la STSJ Cataluña, 5.9.2008 (La Ley 116202/2008; MP: *Enrique Anglada Fors*); igualmente la SAP Barcelona, secc. 18ª, 21.2.2008 (La Ley 227936/2008; MP: *María Dolores Viñas Maestre*) y la SAP Castellón, secc. 2ª, 28.5.2008 (La Ley 107608; MP: *Eloísa Gómez Santana*) (recurso 35/2008), estudiada por TAPIA PARREÑO (2010, p. 236).

⁷⁹ Resulta paradigmática la SAP Castellón, secc. 2ª, 28.5.2008 (La Ley 107608/2008), en la que se consideró contrario al interés del menor hacerlo cambiar de domicilio cada seis meses, estableciendo que fueran los progenitores los que cambiaran de residencia por periodos de custodia alterna, si bien obligando al padre a arrendar otra vivienda donde residiría alternativamente el progenitor que no ostentara la custodia.

⁸⁰ GARCÍA RUBIO y OTERO CRESPO (2006, p. 27). Por otra parte ya el CGPJ previó esta carencia en su informe al Proyecto de Ley (p. 21): “con relación a la vivienda familiar sería oportuno dar una nueva redacción a los artículos 96 y 103.2 CC para ponerlos en concordancia con la nueva regulación de la custodia compartida”.

⁸¹ GARCÍA RUBIO y OTERO CRESPO (2006, p. 28).

por las mismas razones, si la vivienda fuese de titularidad exclusiva de uno de los cónyuges, no debería atribuirse su uso al otro, salvo en supuestos realmente excepcionales.

No debe olvidarse que en la mayor parte de los matrimonios pesa una hipoteca de “larga duración” sobre el inmueble destinado a vivienda y que dicho gravamen implica un periodo de amortización pendiente que puede llegar y superar los 30 años, en estas condiciones obligar al titular de la vivienda a abandonarla, alquilarse otra vivienda y seguir asumiendo la carga económica que supone la hipoteca implicaría en muchos casos privarle de la oportunidad de reiniciar una vida social digna. Si bien es cierto que en los supuestos en los que se prive al titular de la vivienda se tiende a compensarlo de una u otra forma, seguirá suponiendo una gravosa carga para el titular. Igualmente cuando la vivienda sea copropiedad de ambos cónyuges puede suponer una carga excesivamente onerosa para ambos, por ello la opción más ventajosa en estos supuestos será la venta de la vivienda familiar. Así ya lo entendieron la SAP Islas Baleares, secc. 5ª, 29.6.2005 (JUR 2005/190190; MP: *Jaume Massanet Moragues*)⁸² (en la que no se atribuyó la vivienda familiar para que las partes pudieran ejecutar su pacto suscrito dos años antes para la venta de la casa y la SAP Barcelona, secc. 18ª, 21.2.2008 (La Ley 27936/2008; MP: *María Dolores Viñas Maestre*), que atribuyó temporalmente la vivienda a la madre hasta que se extinguiera el pro indiviso, momento en que cesaría su derecho de uso y procedería la venta y el reparto de lo obtenido.

Se ha señalado que éste sería un supuesto en el que el interés del menor quedaría subordinado al interés del progenitor más necesitado de protección. Es decir, que la vivienda se debería vender en contra del interés del menor y en aras a otro interés familiar más necesitado de protección⁸³. No estoy de acuerdo. No creo que el interés del menor este exclusivamente determinado por su permanencia en la vivienda familiar, pues hay otros factores a considerar. En concreto, si la permanencia del menor en la vivienda familiar implica a sus padres una penuria económica evidentemente dicha situación en nada favorecería al menor. Creo que debería superarse la obsesión por la estabilidad geográfica del menor y centrarnos en la estabilidad de los lazos afectivos del menor con sus dos padres.

- La custodia compartida como un sistema de fórmulas abiertas y flexibles:

Aclarado que las más de las veces no será posible atender a la interpretación literal del art. 96 CC, resulta necesario buscar otras fórmulas. En primer lugar debe indicarse que custodia compartida no equivale a trato paritario, no significa distribución del tiempo del menor a exactas partes iguales, sino posibilitar que el menor mantenga un mismo contacto con sus padres. En última instancia se trata de un reparto equitativo pero referido a los deberes y derechos de ambos padres para con sus hijos y eso no entiende de límites temporales⁸⁴. Por tanto supondrá que ambos

⁸² Sentencia comentada por GONZÁLEZ DEL POZO (2009, p.10).

⁸³ En esta línea, GONZÁLEZ DEL POZO (2009, p. 5).

⁸⁴ MARÍN GARCÍA DE LEONARDO (2009, p. 95).

padres continúen ejerciendo su responsabilidad y vinculación en la toma de decisiones sobre la crianza de sus hijos tomando como referente la situación existente antes de la ruptura. De hecho en ocasiones es difícil distinguir la línea divisoria entre custodia compartida y custodia exclusiva con régimen de visitas amplio. En realidad, la negativa a aceptar un régimen de custodia compartida en muchas ocasiones se debe a una estrategia negociadora para asegurarse la atribución de la vivienda familiar. Es decir, en muchos casos el cónyuge que se cree con mejor derecho al uso de la vivienda por sus condiciones personales se niega en absoluto a aceptar este régimen y una vez que se ha asegurado el uso exclusivo de la vivienda familiar, está dispuesto a aceptar un régimen de visitas y estancias del otro progenitor tan amplio que difícilmente sería distinguible de una situación de custodia compartida⁸⁵.

Es decir, no se trata tanto de atender al calendario como de situarse en términos de asunción y visibilización de responsabilidad⁸⁶. Autora que añade que en el caso de la custodia compartida las alternancias podrán ser del curso escolar o anual, diaria –de dos/tres días, semanal, quincenal, mensual, trimestral, pues en la práctica las soluciones son múltiples.

Señala PEREZ MARTÍN que puede distinguirse entre cuatro modelos básicos de custodia compartida: Custodia compartida simultánea, si ambos progenitores viven en el mismo domicilio en unión a sus hijos (supuesto en que la vivienda se dividiese en dos dependencias, caso que “de facto” entendemos difícilmente planteable). Custodia compartida a tiempo parcial sin cambio de domicilio para los hijos (al permanecer éstos en el domicilio familiar y trasladarse sucesivamente los padres, esta custodia se suele denominar “tipo nido”, su inconveniente principal es la necesidad de contar con tres viviendas). Custodia compartida a tiempo parcial con cambio de domicilio para los hijos, es decir “tipo domicilio rotatorio” con una distribución del tiempo de convivencia al 50% (supuesto que en la práctica no se da). Y custodia compartida sin tiempo igualitario de estancia de los hijos con ambos progenitores, (si bien el menor permanece más tiempo con uno de sus progenitores, el otro participa en sus tareas diarias)⁸⁷. Por tanto, en realidad podemos reducir estos sistemas a dos: custodia “tipo nido” y custodia con cambio de domicilio para los hijos que a su vez pueden concurrir con una atribución de la vivienda al progenitor no titular, una atribución de la vivienda al progenitor titular u optar por no atribuir la vivienda a ninguno de ellos previendo su venta.

La custodia compartida a tiempo parcial con cambio de domicilio para los hijos es la modalidad más extendida de tal forma que en menor tiene a su disposición dos hogares de los que va haciendo uso de forma alterna. El ejercicio de la custodia compartida mediante dos domicilios alternativos ha sido la solución adoptada en numerosas ocasiones ya desde los años noventa: SAP Valencia 3.10.1997, (MP: *Ortega Llorca*), SAP Girona 20.10.2004 (JUR 2004/309987; MP: *Fernández Font*), SAP Las Palmas 10.11.2004 (JUR 2005/22343; MP: *Moyano García*). Tras la entrada

⁸⁵ En este sentido, GONZÁLEZ DEL POZO (2009, pp. 2-3).

⁸⁶ En este sentido, LAUROBA LACASA (2010, p. 1497).

⁸⁷ PÉREZ MARTÍN (2007, pp. 261-264).

en vigor de la Ley 15/2005 es la modalidad más extendida tanto en el ámbito de aplicación del CC como de las legislaciones autonómicas, a título de ejemplo: SSAP de Barcelona, sec 18ª, 21.2.2008 (La Ley 27936/2008; MP: *María Dolores Viñas Maestre*) y 8.10.2008 (La Ley 246832/2008; MP: *María Dolores Viñas Maestre*). Si bien se aprecia una sensible preferencia de otorgar el uso de la vivienda familiar a la madre y obligar al padre a salir de la misma y residir en otra vivienda (p. ej.: STSJ de Cataluña de 5.9.2008), poco a poco esta tendencia va diluyéndose, ya sea estableciendo límites temporales a tal atribución (p. ej.: SSAP de Barcelona de 21.2.2008 [La Ley 29736] y de 8.10.2008 [La Ley 246832]) o bien directamente atribuyendo el uso de la vivienda al titular de la misma sin mayores contemplaciones, SAP Alicante, secc. 9ª, 24.4.2009 (La Ley 68447/2009; MP: *José Manuel Valero Díez*). En todo caso en estos pronunciamientos se opta por fórmulas temporales flexibles cuyo desarrollo se encomienda a los padres en aras al beneficio del hijo común.

Igualmente la llamada “custodia nido” en la que permanecen los hijos en la vivienda familiar siendo los padres los que se van turnando en el uso de dicha vivienda es una modalidad importada⁸⁸ que poco a poco empieza a aparecer en las decisiones de algunos tribunales. A título de ejemplo podemos recoger aquí la SJPI Gijón, núm. 8, 3.10.2008 (La Ley 158938/2008; MP: *Ángel Luis Campo Izquierdo*) en la que se atribuyó de forma exclusiva la vivienda a los hijos y por extensión y semestres alternos al progenitor que tuviere la guarda y custodia, o la SAP Castellón, secc. 2ª, 28.5.2008 (La Ley 107608/2008; MP: *Eloísa Gómez Santana*).

Debemos huir de la rigidez en esta materia y considerar que la flexibilidad nos puede llevar a fórmulas imaginativas en la búsqueda de la mejor solución posible para el menor, pues aquí los intereses de los padres son meramente secundarios. Hemos encontrado distintas sentencias que han optado por fórmulas novedosas, por ejemplo la SAP Jaén 9.5.2005 (*Revista de Derecho de familia*, núm. 30, enero-marzo 2006, pp. 169-170; MP: *Pérez Espino*) en la que se decidió que en vez de optar por meses alternos, o periodos de meses alternos de convivencia con uno y otro progenitor, el menor pernoctaría de domingo a jueves con el padre y de viernes a domingo con la madre, si bien a diario y desde las cuatro de la tarde hasta las diez los menores permanecerían con la madre, se trataba de un supuesto en el que el domicilio de ambos padres estaba muy cerca. Sin embargo en el caso resuelto por la SAP Girona 3.11.2006 (JUR 2007/105329; MP: *Lacaba Sánchez*), en el que los padres tenían domicilios distantes, también se acordó que los hijos residirían con el padre los martes, los jueves y los fines de semana alternos, y con la madre los lunes y los miércoles y restantes fines de semana. En esta misma línea la SAP Barcelona, secc. 18ª, 20.2.2007 (JUR 2007/101427; MP: *Enrique Anglada Fors*) en la que se repartió la custodia por días de la semana, alternándose los fines de semana, para así asegurar “una regularidad en la vida de los niños creando referencias fijas”. Por su parte la Sentencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer Barcelona, núm. 1, 31.10.2007 (La Ley 329927/2007; Ponente: *Carles Tortras Bosch*)⁸⁹ atribuyó

⁸⁸ MORENO VELASCO y GAUDET (2009, pp. 1 y ss).

⁸⁹ Sentencia en la que se señaló que con constituía un impedimento para establecer una custodia compartida la denuncia presentada por la madre contra el padre por delitos de malos tratos y amenazas al haberse acreditado su absolución en vía penal.

la guarda y custodia compartida del hijo común por semanas “con el fin de reforzar los aspectos evolutivos y madurativos del menor en relación con el padre”. En el supuesto de la SJPI San Javier, núm. 2, 22.6.2007 (La Ley 304676/2007; MP: *Lourdes Platero Parada*)⁹⁰, se optó por establecer un reparto de la custodia compartida por cuatrimestres sucesivos alternándose los periodos vacacionales. Finalmente en la SAP Zaragoza, 29.3.2011, (La Ley 6259/2011; MP: *María Elia Mata Albert*)⁹¹ se admitió con muy buen criterio el recurso presentado por la madre contra la sentencia dada en primera instancia que había acordado una custodia compartida de los padres por periodos de alternos de seis meses; estableciendo que dicha custodia compartida se distribuiría por fines de semanas alternos (tarde de viernes hasta la entrada del menor en el colegio el lunes), con pernocta los martes y jueves con el padre y los lunes y miércoles con la madre: Y ello a fin de que el menor pudiera tener un contacto continuo con uno y otro progenitor evitando los largos periodos por semestres alternos de separación de uno u otro progenitor que se habían fijado inicialmente en primera instancia.

Otra alternativa fue la adoptada por la SAP Barcelona, 16.9.1998 (DER. 1998/22218; MP: *García Equius*), en la que si bien se repartió la custodia por quincenas alternas se decidió que el hijo podría acceder libremente a uno u otro domicilio por estar ambos en el mismo bloque de viviendas⁹². Esta última sentencia abre la puerta a nuevas fronteras dentro de los límites de la custodia compartida, pues como señala LATHROP GÓMEZ⁹³ para que exista la custodia compartida no es necesaria una rigurosa alternancia en la convivencia, pues el cuidado personal compartido de los hijos puede verificarse mediante la designación de un progenitor principal con quien el hijo viva la mayor parte del tiempo. Es decir, incluso podríamos plantearnos la modalidad de custodia compartida en la que el menor pernoctara la mayor parte de las noches en casa de un progenitor pero compartiera la mayor parte del día con el otro.

3.2.5. Los alimentos en la custodia compartida

Hoy por hoy la custodia compartida se suele adoptar en procesos consensuados, estableciéndose en el convenio regulador acuerdos para establecer la cobertura de los gastos. En la mayoría de los

⁹⁰ En concreto se estableció que abril, mayo, junio y julio la custodia correspondiera a la madre, el siguiente cuatrimestre: agosto, septiembre, octubre y noviembre al padre, el siguiente a la madre y sucesivamente.

⁹¹ Núm. de sentencia 180/2011, núm. de recurso 575/2010, publicada en *Diario La Ley* núm. 7670, Sección de Jurisprudencia, 11.7.2011).

⁹² Las distintas posibilidades del ejercicio de la custodia compartida han llamado sobremanera la atención a la Fiscalía General del Estado que por Instrucción 1/2006 de 7 de marzo sobre la determinación del domicilio ha establecido como criterio la necesidad de que el menor sea empadronado en un solo domicilio, considerándose preferente aquel en el que en el cómputo anual pase mayor tiempo, o en su defecto aquel que los padres de mutuo acuerdo elijan. Señala MORÁN GONZÁLEZ (2010, p. 112) que la finalidad de establecer un único domicilio de empadronamiento se debe al deseo de coadyuvar a un pacífico disfrute por parte del menor de su derecho a estar correctamente empadronado, debiendo velar por que se establezca en los convenios reguladores o bien se recoja en las resoluciones judiciales.

⁹³ LATHROP GÓMEZ (2009, p. 286).

supuestos se opta por abrir una cuenta corriente a nombre de ambos progenitores, aportando ambos una cantidad mensual y se añade el pacto de que cada uno de los progenitores se haga cargo de los gastos del hijo en los periodos que pase con él⁹⁴. Sin embargo en los procesos contenciosos hasta fecha reciente se ha seguido un sistema “tradicional” consistente en el pago de un progenitor al otro de la prestación de alimentos del hijo, sistema que poco a poco se va diluyendo a favor de nuevas fórmulas. Ejemplo de lo anterior sería el caso en que el progenitor más pudiente abonase una cantidad al otro progenitor solo los meses en el que el menor conviviera con él o procurándose en todo caso un reparto equitativo de los alimentos del hijo entre los padres según su respectiva situación económica, que en todo caso no se limitaría a imponer a cada progenitor que se hubiera hecho cargo de los gastos del menor mientras conviviera con él⁹⁵.

Desde esta perspectiva y en los casos en que se acuerde una custodia compartida en un proceso contencioso se han propuesto muy diversas fórmulas para concretar las aportaciones que cada padre haya de hacer, fórmulas que poco a poco se van derivando hacia la más lógica medida de abrir una cuenta corriente común a la que haya que hacer periódicos ingresos según las respectivas capacidades económicas de uno y otro progenitor⁹⁶. Ya se ha señalado que tradicionalmente se mantenía como solución idónea para estos supuestos aquella en que cada progenitor se hiciera cargo de los gastos ordinarios de los hijos durante el tiempo en que estos permanecieran con él bajo su custodia, compartiendo a partes iguales los gastos extraordinarios. Dicho sistema partía de la presunción de que ambos progenitores tenían un nivel de ingresos similar. Evidentemente quebraba cuando la situación económica de los padres era notoriamente dispar, por ello se considera que cuando la desigualdad de ingresos entre los progenitores fuese elevada, el que disfrutará de una mejor posición debería aportar una cantidad también por alimentos ordinarios cuando los hijos no habitasen con él, debiendo el otro únicamente completarla según sus posibilidades. Dicha regla también se aplicaba cuando mediaba desigualdad relevante en los periodos de tiempo que pasara el menor con cada uno de sus padres. Normalmente se simplificaba el cálculo estableciendo una cantidad mensual fija que le progenitor en una mejor situación económica (normalmente el padre) debería abonar al progenitor menos acaudalado durante las mensualidades que el menor conviviera con él. En este sentido la SAP Asturias, secc. 4ª, 17.4.2009 (JUR 2009/219343; MP: *María Nuria Zamora Pérez*) que obligó al padre a contribuir a la alimentación de la niña común durante los meses que conviviera con la madre en la cantidad que se fijó de 300 euros al mes. En realidad esta forma de pago sigue aún observándose en determinados supuestos.

Desde la doctrina se han propuestos otras alternativas como distinguir más que entre gastos

⁹⁴ En este sentido, ROMERO COLOMA (2010, p. 15).

⁹⁵ ROMERO COLOMA (2010, p. 15).

⁹⁶ Señalar que ya la SAP Castellón, 10.4.2003 (AC 2003\846; MP: *José Marco Cos*) estableció para un supuesto de custodia compartida que los gastos que no fueran los estrictos de la alimentación cotidiana (asumidos por el progenitor que en cada momento tuviera al menor consigo), se sufragaran con cargo a un fondo común que se debería nutrir de las aportaciones de los padres proporcionales a sus posibilidades económicas.

ordinarios y extraordinarios, entre gastos de alimentación a asumir por cada padre cuando el menor conviva con él y otros pagos (ropa, educación, ocio) señalando de forma precisa los que corresponden a uno y otro progenitor (p. ej: educación a uno y ropa a otro; ropa de verano a uno y ropa de invierno a otro), siempre, claro está teniendo en cuenta las posibilidades económicas de ambos, propuestas que si bien a veces han sido seguidas por los tribunales resultan ciertamente complicadas sino engorrosas.

Se comprende que estas fórmulas hayan quedado obsoletas y se procure hoy tender a sistemas más simplificados mediante ingresos periódicos y en cuentas comunes. Así por ejemplo la SAP Alicante, 24.4.2009 (La Ley 68447/2009; MP: *José Manuel Valero Díez*) estableció que los gastos de manutención de la hija común fueran sufragados por el progenitor que la tuviera consigo, mientras que los demás gastos ordinarios y extraordinarios de la menor deberían ser satisfechos, “por el momento”, en un 60% por el padre y en un 40% por la madre, por la mejor posición económica del primero; a cuyo efecto resulta muy útil abrir una cuenta corriente común en la que se vayan ingresando las correspondientes cantidades mensuales por uno y otro progenitor. Como señala IVARS RUIZ en la custodia compartida y con respecto a la distribución de los gastos entre los progenitores está cada vez más consolidada la idea de fijación de un fondo común o caja única en la que los progenitores ingresarán las cantidades mensuales que les correspondan para cubrir las necesidades periódicas del menor⁹⁷. Es por ello que hoy cuando en el seno de un proceso contencioso se solicita una custodia compartida, lo que procede es pedir la apertura de una cuenta común a nombre de los dos excónyuges en la que cada uno habrá de ingresar mensualmente una cantidad fija, haciéndose cargo cada uno de los progenitores de la alimentación del menor cuando lo tenga a su cargo y estableciéndose que de mediar gastos extraordinarios que excedan considerablemente las cantidades previstas como cuotas mensuales de uno y otro, estos gastos extraordinarios deberán igualmente repartirse proporcionalmente a las posibilidades económicas de uno y otro padre⁹⁸. Por tanto en estos supuestos lo que no procede es solicitar al otro cónyuge una cantidad mensual en razón de alimentos del menor a fin de que se abone por un padre al otro según el menor conviva con uno u otro y según sus respectivas económicas⁹⁹.

⁹⁷ IVARS RUIZ (2007, p.18).

⁹⁸ SAP Zaragoza, 29.3.2011 (La Ley 6259/2011; MP: *María Elia Mata Albert*). Publicada en *Diario La Ley* núm. 7670, Sección Jurisprudencia, 11.7.2011.

⁹⁹ No obstante, repito, en los procedimientos contenciosos no siempre es admitida esta medida, a título de ejemplo citaremos la SAP León, secc. 2ª, 25.2.2009 (La Ley 26784; MP: *Alberto Francisco Álvarez Rodríguez*), en la que el padre interpuso recurso solicitando que se sustituyera la obligación de abonar a su esposa una cantidad para alimentos de los hijos por un ingreso de cada uno de los progenitores, y en proporción a sus medios, en una cuenta conjunta “cuyos fondos habrían de destinarse a atender a los gastos de toda índole de los hijos”; sin embargo la Audiencia no admitió dicho recurso por entender que la solución ofertada “no ofrece mayores ventajas que la adoptada en la sentencia recurrida pudiendo, por el contrario, ser fuente permanente de conflictos y malos entendidos...” SAP León, secc. 2ª, 25.2.2009 (La Ley 26784/2009), Rec. 94/2009, publicada en “El régimen de guarda y custodia” *Revista Jurídica La Ley*, (*Diario La Ley*), núm. 7206, de 29.6.2009, p. 7.

En todo caso, el hecho de que uno de los progenitores carezca de ingresos no puede suponer un obstáculo para la adopción de la custodia compartida, cuando sea ésta exigida por el interés del menor; y por otro lado en los supuestos en que uno de los progenitores tenga que abandonar el domicilio familiar de forma definitiva (puede establecerse que por la peor situación de uno de los cónyuges siga usando en exclusiva de la vivienda familiar privándose al otro (titular o cotitular) de la misma, dicha circunstancia igualmente habrá de ser valorada¹⁰⁰. En esta línea resulta de vanguardia la [Ley 5/2011 de la Generalitat Valenciana, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven](#) (BOE núm. 98, de 25.4.2011) al establecer que si la vivienda se atribuye a uno de los progenitores, de ser ésta privativa del otro o común de ambos, se fijará una compensación por la pérdida del uso y disposición de la misma a favor del progenitor titular o cotitular no adjudicatario, añadiendo la posibilidad de computar dicha compensación en todo o parte, como contribución a los gastos ordinarios, ya sea con el consentimiento de quien tenga derecho a ella o en virtud de decisión judicial.

3.2.6. La custodia compartida en la legislación civil autonómica

Algunas de las CCAA con competencia en materia civil han dictado leyes regulando la guarda y custodia de los menores tras la crisis matrimonial de sus padres. Procedemos a analizar ahora las dos leyes autonómicas que de forma expresa han otorgado prioridad a la custodia compartida frente a la monoparental (las de las CCAA de Aragón y Valencia) y las dos leyes autonómicas que sin otorgar expresamente prioridad a la custodia compartida reconocenle al menos un mismo rango que la monoparental (las de las CCAA de Cataluña, en la que la custodia compartida no se llega a presentar como medida por defecto, y la de Navarra, sin duda la ley menos innovadora en el ámbito autonómico) apartándose del modelo hasta ahora vigente en el que la custodia compartida es en la práctica judicial una medida de absoluto carácter excepcional¹⁰¹.

a. Legislación aragonesa

De entre todas estas leyes destaca la legislación aragonesa que ha sido pionera al otorgar prioridad a la custodia compartida. Se trata de la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres¹⁰²; la cual ha sido refundida

En otros supuestos como el resuelto por la SAP Murcia, secc. 4ª, 14.4.2011 (JUR 2011\198442; MP: *Carlos Moreno Millán*) se optó por no fijar cantidad alguna a cargo de uno u otro progenitor en concepto de alimentos y establecer que cada uno de los progenitores asumiría los gastos generados por el menor en el día a día en sus respectivos domicilios.

¹⁰⁰ SARAVIA GONZALES (2008, pp. 245-248).

¹⁰¹ Por último actualmente se está tramitando una Ley sobre custodia compartida en el Parlamento Vasco.

¹⁰² [Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres](#) (BOE núm. 151, de 22.6.2010).

dentro del [Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo del Gobierno de Aragón](#) (BOA núm. 63, de 29.3.2011) por el que se aprobó con el título “Código de Derecho Foral de Aragón” el texto refundido de las leyes civiles aragonesas. En la Exposición de Motivos de dicho Decreto Legislativo se refiere que respondiendo a una importante demanda social, dicha legislación supone un cambio del esquema tradicional, al configurar la custodia compartida frente a la individual como norma preferente en los supuestos de ruptura de la convivencia entre los padres y en ausencia de pacto de relaciones familiares. Igualmente recogemos aquí la Exposición de Motivos de la Ley 2/2010 pues suscribimos todos y cada uno de los argumentos que recoge. Sencillamente en esta materia ley y realidad social han encontrado por fin un punto de encuentro. Podemos resumir el sentir de dicha Exposición en una simple idea: que el artículo 92 del CC en su redacción según Ley 15/2005, de 8 de julio, ha supuesto en la práctica el otorgamiento de la custodia individual de forma generalizada a la mujer, cuando la evolución de la sociedad exige dotar de una nueva regulación al régimen de guarda y custodia que favorezca el contacto continuado de los hijos con los padres y la igualdad entre los progenitores.

Finalmente el art. 80 del Texto Refundido de las leyes civiles aragonesas señala que el Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual sea más conveniente, teniendo en cuenta el plan de relaciones familiares que deberá presentar cada uno de los progenitores y atendiendo, además, a los siguientes factores: a) La edad de los hijos. b) El arraigo social y familiar de los hijos. c) La opinión de los hijos siempre que tengan suficiente juicio y, en todo caso, si son mayores de doce años, con especial consideración a los mayores de catorce años. d) La aptitud y voluntad de los progenitores para asegurar la estabilidad de los hijos. e) Las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres. f) Cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia¹⁰³.

b. Legislación valenciana

Siguiendo el modelo aragonés, la Ley valenciana 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven (BOE núm. 98, de 25.4.2011)¹⁰⁴, ha otorgado prioridad a la custodia compartida frente a la monoparental en los

¹⁰³ La SAP Zaragoza, 29.3.2011 (La Ley 6259/2011; MP: *María Elia Mata Albert*). Publicada en *Diario La Ley* núm. 7670, Sección Jurisprudencia, 11.7.2011, señala que precisamente tras la Ley de Aragón 2/2010 de Igualdad en las Relaciones Familiares se establece un sistema de preferencia legal por la custodia compartida de los hijos por ambos progenitores, lo cual determinó que finalmente se concediera en el caso enjuiciado dicha custodia compartida.

¹⁰⁴ Ley valenciana 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven (Diario Oficial de la Comunitat valenciana núm. 6459, de 5.4.2011, pp. 13863 y ss.).

El 2.7.2011 el Consejo de Ministros anunció, con el dictamen favorable del Consejo de Estado, la presentación de un recurso de inconstitucionalidad contra esta Ley al entender que excede las competencias de la Comunidad Valenciana, por regular instituciones civiles que carecen de antecedentes en el ámbito de la legislación foral civil de la Comunidad Valenciana. Recurso que finalmente ha sido admitido a trámite por el TC el 19.7.2011, lo cual ha

casos de crisis matrimonial. En su Preámbulo dicha Ley refiere que el régimen de convivencia compartida por ambos progenitores con los hijos e hijas menores pretende facilitar un mejor encaje de la nueva situación familiar por parte de cada menor y el mantenimiento de los lazos de afectividad con ambos progenitores. Igualmente señala que pretende disminuir el nivel de litigiosidad entre estos derivada del frecuente otorgamiento de la convivencia a uno solo de ellos y favorecer la corresponsabilidad y la distribución igualitaria de roles sociales entre hombres y mujeres en las relaciones familiares.

En su art. 5 dice la referida ley que a falta de pacto entre los progenitores, la autoridad judicial atribuirá, como regla general, a ambos progenitores de manera compartida el régimen de convivencia con los hijos e hijas menores de edad, sin que sea obstáculo para ello la oposición de uno de los progenitores o las malas relaciones entre ellos. Añade que antes de fijar el régimen de convivencia de cada progenitor con los hijos e hijas menores, y a la vista de la propuesta de pacto de convivencia familiar que cada uno de ellos deberá presentar, la autoridad judicial tendrá en cuenta los siguientes factores: la edad de los hijos (para el caso de lactantes se prevé la posibilidad de establecer un régimen de convivencia provisional), la opinión de los hijos menores, cuando tuvieran madurez suficiente y en todo caso con 12 años cumplidos, la dedicación pasada a la familia, el tiempo dedicado a la crianza y educación de los hijos menores y la capacidad de cada progenitor, los informes sociales, médicos, psicológicos y demás que procedan, los supuestos de especial arraigo social, escolar o familiar de los hijos menores, las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los progenitores, la disponibilidad de cada uno de ellos para mantener un trato directo con cada hijo menor de edad, la disponibilidad de cada uno de ellos para mantener un trato directo con cada hijo menor de edad y cualquier otra circunstancia relevante. Igualmente añade que cuando lo exija el interés superior del menor la autoridad judicial podrá otorgar a uno solo de los progenitores el régimen de convivencia con los hijos menores a la vista de los informes sociales, médicos psicológicos y demás que procedan. Es decir la custodia monoparental se prevé como excepción a la compartida que se erige como regla general.

Finalmente respecto a la vivienda familiar refiere el art. 6 de la ley que en caso de custodia compartida se atribuirá en función de lo que sea más conveniente para los hijos menores y, siempre que fuere compatible con ello, al progenitor que tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda. Se añade igualmente que si la vivienda se atribuye a uno de los progenitores, de ser esta privativa del otro o común de ambos, se fijará una compensación por la pérdida del uso y disposición de la misma a favor del progenitor titular o cotitular no adjudicatario teniendo en cuenta las rentas pagadas por alquileres de viviendas similares en la misma zona y las demás circunstancias concurrentes. Tal compensación podrá ser computada, en todo o parte, como contribución a los gastos ordinarios con el consentimiento de quien tenga derecho a ella o en virtud de decisión judicial. Por último se aclara que el mismo régimen jurídico se aplicará en los supuestos en los que se atribuya la convivencia con los hijos menores a uno solo de los progenitores.

provocado la suspensión de la vigencia y aplicación de los artículos impugnados de la referida Ley valenciana. (BOE núm. 178, de 26.7.2011).

c. Legislación catalana

En las dos regulaciones autonómicas ya analizadas se establece una preferencia expresada de forma literal a favor de la custodia compartida en el sentido de entender que la regla general será acordar siempre este tipo de custodia y la excepción la custodia monoparental. Sin embargo la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia (BOE núm. 203, de 21.08.2010) no recoge literalmente dicha preferencia por la custodia compartida como regla general¹⁰⁵. En primer lugar, su art. 233-10 da preferencia al “plan de parentalidad” (art. 233-9) acordado por los padres y en su defecto: “2. La autoridad judicial, si no hay acuerdo o si éste no se ha aprobado, debe determinar la manera de ejercer la guarda, ateniéndose al carácter conjunto de las responsabilidades parentales, de acuerdo con el artículo 233-8.1. Sin embargo, la autoridad judicial puede disponer que la guarda se ejerza de manera individual si conviene más al interés del hijo”.

Por esta razón señala ALASCIO CARRASCO que en la Ley catalana el carácter preferente de la custodia compartida no puede ser interpretado como medida por defecto y subsidiaria de la individual, pues, afirma que la preferencia no implica que la regla de defecto sea acordar siempre la custodia compartida, sino que, en el supuesto de que el juzgado considere que en el caso concreto tan buena sea la custodia compartida como la individual, deberá optar por la compartida¹⁰⁶. Ciertamente media poca distancia entre un planteamiento y el otro pues en ambos casos se exigirá probar que de acuerdo con las circunstancias concurrentes en el caso concreto la custodia monoparental o individual resulta más beneficiosa al interés del menor para poderla acordar, si bien no será lo mismo partir de un esquema en que la custodia compartida sea la regla general y subsidiaria a otro en la que no lo sea.

No obstante, al no haberse previsto en la Ley catalana de forma expresa la preferencia de la custodia compartida sobre la individual, la norma podrá ser objeto de diversas interpretaciones, algunas forzadas, motivo por el que se ha criticada la redacción final del art. 233-9. Para algunos ha faltado dar el último paso en orden a establecer de forma clara, contundente y sin lugar a dudas el carácter preferente de la custodia compartida. De hecho apreciamos cierta contradicción en la Exposición de Motivos de la Ley 25/2010 y en su articulado, pues si bien por un lado se señala que “se abandona el principio general según el cual la ruptura de la convivencia entre los progenitores significa automáticamente que los hijos deben apartarse de uno para encomendarlos individualmente al otro. Por contra, se introduce como norma que la nulidad, el divorcio o la separación no alteran las responsabilidades de los progenitores sobre los hijos. En consecuencia, estas responsabilidades mantienen, después de la ruptura, el carácter compartido y corresponde a la autoridad judicial determinar, si no existe acuerdo sobre el plan de parentalidad o si este no se ha aprobado, cómo deben ejercerse las responsabilidades parentales y, en particular, la guarda del menor, ateniéndose al carácter conjunto de estas y al interés superior del menor”. Y por otro

¹⁰⁵ El 14.7.2010 el Parlamento catalán aprobó la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia (BOE núm. 203, de 21.08.2010), Ley que entró en vigor el 1.1.2011.

¹⁰⁶ ALASCIO CARRASCO (2011, p. 9).

lado se refiere que no debe olvidarse que “las relaciones familiares en nuestra sociedad mantienen aún un alto grado de machismo y que ha de tenerse en cuenta que el papel de la madre es cualitativamente más necesario para los menores que el del padre cuando las dinámicas familiares han sido construidas sobre modelos tradicionales, tanto en la idiosincrasia de Cataluña como en la realidad de otras culturas que se han incorporado a la sociedad catalana. Por este motivo, se destacan como criterios para determinar la guarda individual la vinculación especial de los hijos con uno de los progenitores y la dedicación a los hijos que la madre o el padre hayan tenido antes de la ruptura”. Ciertamente la única forma de comprender este texto será teniendo en cuenta las vicisitudes que hubo de sufrir el inicial proyecto de ley hasta lograr su aprobación en el Parlamento catalán, pues si bien inicialmente la reforma de la custodia fue abanderada por las posiciones más progresistas en busca de una plena equiparación en derechos entre los padres encauzada a través de una custodia compartida de carácter prioritario, posteriormente se impusieron las voces que abogaban por no considerarla como regla general, razón por la que la versión definitiva de la Ley fue tachada ya desde su aprobación de poco ambiciosa¹⁰⁷.

d. Legislación navarra

Ley foral navarra 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres¹⁰⁸, es otra Ley que al igual que la catalana sin llegar a establecer expresamente que la custodia compartida sea prioritaria, pretende reforzarla, si bien recoge la regulación menos avanzada en el ámbito autonómico. En su Exposición de Motivos señala que aunque el Código civil contempla la custodia compartida, en la práctica ésta es excepcional por requerir acuerdo de los padres e informe favorable del Ministerio Fiscal. Sin embargo ya se ha indicado que esta Ley no llega a dar el siguiente paso y no llega a establecer de forma expresa el carácter prioritario de la custodia compartida sobre la monoparental. De hecho su artículo 3 se limita a señalar que en el caso de ruptura de la convivencia, cada uno de los padres por separado, o ambos de común acuerdo, podrán solicitar al Juez que la guarda y custodia de los hijos menores o incapacitados sea ejercida por ambos o por uno de ellos. Y que en el caso de que la solicitud se realice por uno sólo de los padres, el Juez podrá acordar la guarda y custodia

¹⁰⁷ El art. 233-11 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, recoge una lista de criterios para determinar el régimen y la forma de ejercer la guarda. Son los siguientes: La vinculación afectiva entre los hijos y cada uno de los progenitores, así como las relaciones con las demás personas que conviven en los respectivos hogares. La aptitud de los progenitores para garantizar el bienestar de los hijos y la posibilidad de procurarles un entorno adecuado, de acuerdo con su edad. La actitud de cada uno de los progenitores para cooperar con el otro a fin de asegurar la máxima estabilidad a los hijos, especialmente para garantizar adecuadamente las relaciones de estos con los dos progenitores. La actitud de cada uno de los progenitores para cooperar con el otro a fin de asegurar la máxima estabilidad a los hijos, especialmente para garantizar adecuadamente las relaciones de estos con los dos progenitores. El tiempo que cada uno de los progenitores había dedicado a la atención de los hijos antes de la ruptura y las tareas que efectivamente ejercía para procurarles el bienestar. La opinión expresada por los hijos. Los acuerdos en previsión de la ruptura o adoptados fuera de convenio antes de iniciarse el procedimiento. La situación de los domicilios de los progenitores, y los horarios y actividades de los hijos y de los progenitores.

¹⁰⁸ [Ley foral navarra 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres](#) (Boletín Oficial de Navarra núm. 60, de 28.3.2011).

compartida o la custodia individual, oído el Ministerio Fiscal y previos los dictámenes y audiencias que estime necesarios recabar, cuando así convenga a los intereses de los hijos. Terminando por señalar los factores que tendrá que atender el Juez para decidir entre uno y otro tipo de custodia.

Se concluye que si bien esta ley no llega a otorgar prioridad a la custodia compartida sobre la monoparental, sin embargo si considera paritariamente ambos tipos de custodia, separándose del Código civil al eliminar el requisito del informe favorable del Ministerio Fiscal que encorsetaba al Juez a la hora de decidir al respecto.

4. Conclusión

Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio (BOE núm. 163, de 9.7.2005) si bien introdujo la custodia compartida en su artículo 92, fue tan cautelosa que en la práctica supuso un retroceso respecto a la previa doctrina de nuestro Tribunal Constitucional que permitía al juez establecer esta medida de oficio. Efectivamente al exigirse como requisitos para su admisión que al menos uno de los cónyuges solicitase la custodia compartida y que además en tal caso el Ministerio Fiscal informase favorablemente, se le negaba al juez la posibilidad de poder acordar tal medida de oficio y ello aunque por las circunstancias concretas del caso enjuiciado hubiese llegado a la conclusión de que tal tipo de medida era exigida por el interés superior del menor. Además, por estos motivos esta reforma choca frontalmente con el artículo segundo de la LO 1/1996 que exige que siempre que haya que decirse sobre el menor se haga dando prevalencia a su interés superior. Por último ha sido una reforma incompleta pues olvidó a las parejas no matrimoniales y prescindió de regular sobre la situación de la vivienda familiar y el derecho de alimentos de los hijos en los supuestos de custodia compartida.

Por otro lado, seis años después de la entrada en vigor de dicha Ley apreciamos el absoluto divorcio entre realidad social, texto del artículo 96 CC y nuestra jurisprudencia menor. Digo esto porque la mayoría de nuestras Audiencias Provinciales al día de hoy siguen reacias a aplicar el art. 92.8 CC por entender que la custodia compartida solo debe acordarse cuando la soliciten los dos cónyuges de mutuo acuerdo. Esta práctica judicial está provocando que en muchos casos la negativa a aceptar la custodia compartida por parte de uno de los excónyuges no sea sino una estrategia negociadora para garantizarse el uso exclusivo de la vivienda familiar y las pensiones de alimentos de los hijos; y en tanto que es muy frecuente pensar que es la madre la cuidadora natural de los hijos, resulta que finalmente es la mujer la única que tiene hoy por hoy y en la mayoría de las ocasiones la capacidad decisoria. Por tanto, si bien se nos informa que el interés superior del menor exigiría de una custodia compartida y que la mejor vía para alcanzarla es la mediación, en la práctica tal mediación es en muchas ocasiones inviable porque no hay nada que negociar. Basta con que una de las partes se niegue para que se le atribuya directamente la vivienda familiar y el derecho a convivir con los hijos y recibir sus pensiones, en estas condiciones hay demasiados intereses económicos para ser objetivos. En muchas ocasiones en la

práctica el interés del menor es lo que menos importa a las partes, pues cada progenitor lucha por sus propios intereses y los clientes del abogado son los padres, no el menor.

Sin embargo, la realidad social ha cambiado en los últimos treinta años. La mujer se ha insertado en el mercado laboral y se busca la paridad entre hombre y mujer. Incluso el CC se ha querido sumar a esta nueva realidad en su art. 68 al establecer que los cónyuges han de compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado de sus descendientes, criterio que sin embargo ha sido imposible introducir igualmente en su art. 92, quedando por tanto la custodia compartida con carácter excepcional y subsidiario. En realidad este esquema implica una discriminación estructural de la mujer que a pesar de su incorporación en el mercado laboral se ve tratada como “natural trabajadora doméstica”.

Es decir, el vigente texto del CC y su aplicación sesgada por nuestros tribunales exigen de una urgente reforma legislativa en materia de custodia compartida para adaptarnos a la nueva realidad social hoy vigente en la que los roles entre cónyuges han cambiado definitivamente. Es cierto, que en casos concretos encontramos núcleos familiares con comportamientos machistas en los que tras el divorcio el marido pide la custodia compartida solo para evitar perder el uso de la vivienda familiar y para evitar pagar las pensiones a los hijos, evidentemente la práctica anterior en el cuidado y atención de los hijos deberá ser tenida en cuenta al decidir sobre la custodia de los hijos en dicho supuesto; pero ello, no puede implicar negar que la custodia compartida debe ser la regla general y la individual la excepcional. De hecho, entre los matrimonios más jóvenes el reparto de tareas domésticas y cuidado de los menores se entiende como algo natural.

Por otro lado, desde la psicología se nos informa que la custodia compartida es por regla general la mejor medida para lograr que el niño goce del ambiente y entorno necesario exigidos por el interés superior del menor y además es también la mejor medida para evitar posteriores controversias judiciales. El hijo no puede ser la víctima del divorcio de sus padres, pues el hijo tiene el mismo derecho a relacionarse plenamente con uno y otro progenitor tanto antes como después de ruptura entre sus progenitores. Tampoco debemos estigmatizar al padre, condenándolo a una situación económica inviable por las cargas que debe asumir consecuencia del divorcio, especialmente en una situación coyuntural como la actual en la que el pago de una hipoteca se puede diferir en el tiempo hasta treinta o cuarenta años después de haberla concertado. Si a ello unimos que la aún vigente situación de discriminación estructural de la mujer no cambia por sí sola, se entiende que la reforma de esta materia es urgente, siendo un buen modelo a seguir el aprobado por las Cortes de Aragón.

No obstante, en tanto que la necesaria reforma llegue, distintas Audiencias Provinciales y muy especialmente nuestro Tribunal Supremo están haciendo de ariete con pronunciamientos de vanguardia en pro de la custodia compartida. Son dignas de mención las sentencias de Encarna Roca que sin duda marcarán un antes y un después en esta materia. Dichas sentencias establecen que siempre que se den los requisitos necesarios para la adopción de la custodia compartida debe acordarse esta medida por exigirlo el interés del menor, que en este tipo de procedimientos no rige el principio dispositivo, que el interés superior del menor es el criterio fundamental para

decidir sobre la custodia compartida y que el juzgador debe decidir sobre la custodia compartida a partir de razones objetivas evitando dejarse llevar por sus opiniones personales. Además aportan una serie de criterios objetivos orientadores a la hora de decidir sobre la custodia compartida, destacando entre ellos la práctica anterior de los progenitores, sin que sea criterio exigible que exista armonía, sintonía o empatía entre los padres, pues tras la crisis matrimonial serán normales ciertas desavenencias.

Evidentemente, la reforma no debería limitarse al art. 92 CC, pues aunque no se hayan modificado ni los artículos 93 y 96 del CC la custodia compartida incide tanto en la adjudicación de la vivienda familiar como en el abono de los alimentos de los hijos. Por un lado, creemos que salvo en supuestos excepcionales debería separarse el uso de la vivienda y el ejercicio de la potestad, superándose la interpretación literal del art. 96.1 CC. Por otro que, solicitada la custodia compartida procederá pedir la apertura de una cuenta común antes que una pensión de alimentos por los meses que el menor pase con el progenitor menos acaudalado. Igualmente sería necesario reformar el último párrafo del art. 156 CC para englobar también los supuestos de ruptura de parejas no matrimoniales con hijos, cada vez más frecuentes. La reforma debería pues ir en la línea de dar prioridad a la custodia compartida salvo cuando por las circunstancias del caso concreto se dedujera que acordar dicha medida iría en contra del ISM, pues tal como nos informan los investigadores en el campo de la psicología, la custodia compartida es incompatible con situaciones de tensión extrema entre los progenitores.

Por último, el estudio de las sentencias de Encarna Roca, que señalan que en esta materia no rige el principio dispositivo, nos sirve para proponer a título de hipótesis una vía alternativa para paliar las disfunciones que la redacción vigente del CC crea al impedir al juez decidir de oficio la custodia compartida, en tanto que dicho texto no sea reformado. Nos referimos a los requisitos de que al menos la solicite uno de los excónyuges y que cuente con el informe favorable del Ministerio Fiscal. Dichos requisitos previstos por el art. 92.8 CC chocan frontalmente con la cláusula general del interés superior del menor prevista en el artículo segundo de la LO 1/1996, según el cual el juez queda siempre obligado a decidir conforme al interés del menor. Pues bien, a partir del estudio que el profesor MIQUEL GONZÁLEZ ha hecho del funcionamiento y operatividad de las cláusulas generales en nuestro Ordenamiento, proponemos entender que en este supuesto se podría llegar a considerar neutralizados los requisitos referidos del art. 92.8 CC, pues el juez deberá decidir entre aplicar dicho artículo o la cláusula general contenida en el art. 2 LO 1/1996, si bien siempre, de elegir uno, inaplicará el otro por producirse una confrontación frontal entre uno y otro. Y ante tal tesitura, teniendo en cuenta que la aplicación del art. 2 LO 1/1996 es de orden público y que en materia de menores no rige el principio dispositivo, podrías ser factible optar por el art. 2 LO 1/1996 y entender neutralizada la aplicación de los requisitos del art. 92.8 CC. Se trata simplemente de una hipótesis de trabajo que si bien, hoy en día, no se recoge de forma expresa en las decisiones de nuestros Tribunales, queda planteada por si en un futuro pudiera ser útil.

5. Tabla de Jurisprudencia

Tribunal Constitucional

| <i>Tribunal, Sala y Fecha</i> | <i>Ar.</i> | <i>Magistrado Ponente</i> |
|-------------------------------|--------------|----------------------------|
| STC, 1ª, 26.9.1990 | RTC 1990/143 | Jesús Leguina Villa |
| STC, 1ª, 26.9.1990 | RTC 1990/143 | Jesús Leguina Villa |
| STC, 1ª, 18.10.1993 | RTC 1993/298 | Pedro Cruz Villalón |
| STC, 2ª, 29.5.2000 | RTC 2000/141 | Tomás Salvador Vives Antón |
| STC, 2ª, 15.1.2001 | RTC 2001/4 | Tomás Salvador Vives Antón |

Tribunal Supremo

| <i>Tribunal, Sala y Fecha</i> | <i>Ar.</i> | <i>Magistrado Ponente</i> |
|-------------------------------|--------------|------------------------------------|
| STS, 1ª, 17.7.1995 | RJ 1995/5591 | Gumersindo Burgos Pérez de Andrade |
| STS, 1ª, 22.5.1999 | RJ 1999/3358 | Alfonso Barcalá Trillo-Figuerola |
| STS, 1ª, 31.7.2009 | RJ 2009/4581 | Juan Antonio Xiol Ríos |
| STS, 1ª, 28.9.2009 | RJ 2009/7257 | Encarnación Roca i Trias |
| STS, 1ª, 8.10.2009 | RJ 2009/4606 | Encarnación Roca i Trias |
| STS, 1ª, 10.3.2010 | RJ2010/2329 | Encarnación Roca i Trias |
| STS, 1ª, 11.3.2010 | RJ 2010/526 | Encarnación Roca i Trias |
| STS, 1ª, 1.10.2010 | RJ 2010/7302 | Encarnación Roca i Trias |

Tribunales Superiores de Justicia

| <i>Tribunal, Sala y Fecha</i> | <i>Ar.</i> | <i>Magistrado Ponente</i> |
|--|-------------|---------------------------|
| STSJ Catauña Sala Civil y Penal, 31.7.2008 | RJ 2009/643 | Carlos Ramos Rubio |
| STSJ Catauña Sala Civil y Penal, 5.9.2008 | RJ 116202 | Enrique Anglada Fors |
| STSJ Catauña Sala Civil y Penal, 3.3.2010 | La Ley 7433 | Carlos Ramos Rubio |

Audiencias Provinciales

| <i>Tribunal, Sala y Fecha</i> | <i>Ar.</i> | <i>Magistrado Ponente</i> |
|-----------------------------------|-----------------|---------------------------|
| SAP Alicante, Secc. 6ª, 11.6.2003 | JUR 2003/255266 | Trascasa Blanco |

| | | |
|--|--------------------|-------------------------------------|
| SAP Alicante, Secc. 9ª, 24.4.2009 | La Ley 68477/2009 | José Manuel Valero Díez |
| SAP Asturias, Secc. 4ª, 17.4.2009 | JUR 2009/219343 | María Nuria Zamora Pérez |
| SAP Barcelona, 16.9.1998 | ED 22218 | García Equius |
| SAP Barcelona, Secc. 18ª, 27.7.2006 | JUR 2007/124388 | Noblejas Negrillo |
| SAP Barcelona, Secc. 18ª, 20.2.2007 | JUR 2007/101427 | Enrique Anglada Fors |
| SAP Barcelona, Secc. 18ª, 21.2.2008 | La Ley 27936/2008 | Dolores Viñas Maestre |
| SAP Barcelona, Secc. 18ª, 8.10.2008 | La Ley 246832/2008 | Dolores Viñas Maestre |
| SAP Barcelona, Secc. 12ª, 15.1.2009 | La Ley 6282/2009 | Pascual Martín Villa |
| SAP Castellón, Secc. 3ª, 10.4.2003 | AC 2003/846 | José Marco Cos |
| SAP Castellón, Secc. 2ª, 28.5.2008 | La Ley 107608/2008 | Eloísa Gómez Santana |
| SAP Córdoba, Secc. 2ª, 24.4.2006 | JUR 2006/230967 | Caballero Gea |
| SAP Girona, Secc. 2ª, 20.10.2004 | JUR 2004/309987 | Fernández Font |
| SAP Girona, Secc. 1ª, 3.11.2006 | JUR 2007/105329 | Lacaba Sánchez |
| SAP Islas Baleares, Secc. 5ª, 29.6.2005 | JUR 2005/190190 | Jaume Massanet Moragues |
| SAP Jaén, Secc. 1ª, 9.5.2005, | JUR 2005/159766 | Pérez Espinosa |
| SAP Las Palmas, Secc. 3ª, 10.11.2004 | JUR 2005/22343 | Moyano García |
| SAP León, Secc. 2ª, 25.2.2009 | La Ley 26784/2009 | Alberto Francisco Álvarez Rodríguez |
| SAP Madrid, 23.11.1997 | -- | Hijas Fernández |
| SAP Murcia, Secc. 4ª, 14.4.2011 | JUR 2011/198442 | Carlos Moreno Millán |
| SAP Pontevedra, Secc. 1ª, 11.2.2000 | AC 2000/4137 | Picatoste Bobillo |
| SAP Segovia, Secc. 1ª, 15.6.2006 | JUR 2006/226116 | Criado del Rey Tremps |
| SAP Valencia, 3.10.1997 | -- | Ortega Llorca |
| SAP Valencia, 30.7.1999 | -- | Pérez Tórtola |
| SAP Valencia, Secc. 6ª, 22.4.1999 | AC 1999/4941 | Vicente Ortega Llorca |
| SAP Valencia, Secc. 10ª, 22.7.2005 | JUR 2005/131686 | De Motta García-España |
| SAP Zaragoza, Secc. 2ª, 29.3.2011 | La Ley 6259/2011 | María Elia Mata Albert |
| Auto AP Barcelona, Secc. 18ª, 28.3.2008 | JUR 2008/149354 | Ana Jesús Fernández San Miguel |
| Auto AP Barcelona, Secc. 18ª, 8.7.2008 | JUR 2008/315373 | Dolores Viñas Maestre |
| Auto AP Barcelona, Secc. 18ª, 30.10.2008 | JUR 2009/77866 | Margarita Blasa Noblejas Regrillo |
| Auto AP Cádiz, Secc. 5ª, 11.12.2008 | JUR 2009/59788 | Rosa María Fernández Nuñez |
| Auto AP Málaga, 20.3.2007 | Auto núm. 81/07 | Antonio Alcalá Navarro |
| Auto AP Tarragona, Secc. 1ª, 23.6.2008 | AC 2008/1710 | María Pilar Aguilar Vallino |
| Auto AP Valladolid, Secc. 1ª, 11.12.2008 | JUR 2009/264035 | Francisco Salinero Román |

Juzgados de Primera Instancia

| <i>Tribunal, Sala y Fecha</i> | <i>Ar.</i> | <i>Magistrado Ponente</i> |
|------------------------------------|--------------------|--|
| SJPI Alicante, núm. 10, 15.11.2005 | JUR 2010/40185 | Susana Pilar Martínez González |
| SJPI Barcelona, núm. 15, 22.1.2007 | -- | -- |
| SJPI Gijón núm. 8, 3.10.2008 | La Ley 158938 | Ángel Luis Campo Izquierdo |
| Auto JPI Gijón, núm. 8, 22.6.2010 | La Ley 7498 | -- |
| SJPI Granollers, núm. 4, 27.3.2007 | -- | |
| SJPI Madrid, núm. 29, 24.2.2011 | Diario la Ley 7643 | María Teresa del Perpetuo Socorro Martín Nájera |
| SJPI Murcia, núm. 9, 6.6.2007 | -- | -- |
| SJPI San Javier núm. 2 | La Ley 304676 | Lourdes Platero Parada |

Otros

| <i>Tribunal, Sala y Fecha</i> | <i>Ar.</i> | <i>Magistrado Ponente</i> |
|---|---------------|---------------------------|
| Sentencia Juzgado Violencia sobre la Mujer Barcelona, núm. 1, 31.10.2007 | La Ley 329927 | Carles Tortras Bosch |

6. Bibliografía

Laura ALASCIO CARRASCO (2011), "La excepcionalidad de la custodia compartida impuesta (art.92.8 CC)", *InDret* 2/2011 (www.indret.com).

Laura ALASCIO CARRASCO y Ignacio MARÍN GARCÍA (2007), "Juntos pero no revueltos: la custodia compartida en el nuevo art. 92 CC", *Indret*, 3/2007 (www.indret.com).

María BALLESTEROS DE LOS RÍOS (2010), "Comentario a la STS de 11 de marzo de 2010", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 84, pp. 1838 y ss.

Robert BAUSERMAN (2002), "Child adjustment in Joint-custody versus sole-custody arrangements: A meta-analytic review", *Journal of Family Psychology*, Vol. 16, p. 91 y ss.

José CANTÓN DUARTE (2009), "Adaptación de los hijos de divorciados", en María del Carmen GARCÍA GARNICA (Dir.), *La protección del menor en las rupturas de pareja*, Aranzadi, Cizur Menor, pp. 89 y ss.

Ángel CARRASCO PERERA (2004), "Custodia compartida", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 648.

Joel Harry CLAVIJO SUNTURA (2009), *El interés del menor en la custodia compartida*, Colección Cítor, núm. 245, Ediciones de la universidad de Salamanca, Salamanca.

José Ramón DE VERDA Y BEAMONTE (2010), "Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la sentencia JPI Valencia, núm. 15, 15.9.2010)", *Diario La Ley*, núm. 7501.

Esther FARNÓS AMORÓS (2010), "Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California. Cuestiones que plantea la RDGRN de 18.2.2009", *InDret* 1/2010 (www.indret.com).

Margit GAFFAL (2010), "Comentario a la STS de 28 de septiembre de 2009", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 84, p. 1466 y ss.

Robert M. GALATZER-LEVY, Louis KRAUS y Jeanne GALATZER-LEVY (2009), *The Scientific Basis of Child Custody Decisions*, 2ª ed., New Jersey.

Robert M. GALATZER, Jonathan GOULD y David MARTINDALE (2009), "From Empirical Findings to Custody Evaluations", en Robert GALATZER-LEVY, Louis KRAUS y Jeanne GALATZER-LEVY (Coords.), *The Scientific Basis of Child Custody Decisions*, 2ª ed., New Jersey.

Teresa GARCÍA DE LEONARDO (2009), "Problemas que genera la actual regulación de la guarda y custodia compartida en el proceso contencioso", *Diario La ley*, núm. 7105, p. 1 y ss.

María Paz GARCÍA RUBIO y Marta OTERO CRESPO (2006), "Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos en la Ley 15/2005", *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 8, febrero (<http://www.custodiarresponsable.org>).

Margarita GARRIGA GORINA (2008), "El criterio de la continuidad frente a la guarda conjunta", *InDret* 3/2008 (www.indret.com).

Joseph GOLDSTEIN, Anna FREUD, Albert. J. SOLNIT y Dorothy BURLINGHAM (1975), *Beyond the best interest of the child*, Free Press, New York.

Juan Pablo GONZÁLEZ DEL POZO (2009), "El derecho de uso de la vivienda familiar en supuestos de guarda y custodia compartida", *Revista Jurídica La Ley (Diario La Ley)*, núm. 7206, p.1 y ss.

Cristina GUILARTE MARTÍN-CALERO (2009), "Criterios de atribución de la custodia compartida. A propósito de la línea jurisprudencial iniciada con la STS de 8 de octubre de 2009", *InDret* 3/2010 (www.indret.com).

--- (2008), "La custodia compartida alternativa", *InDret* 2/2008 (www.indret.com).

Marjorie LINDER GUNNOE y Sandfor L. BRAVER (2001), "The effects of Joint legal custody on Mathers, fathers and children controlling for factors that predispose a sole maternal va. Joint legal award", *Law and Human Behavior*, núm. 25, p. 25 y ss.

Andrina HAYDEN (2011), "Shared Custody: A comparative study of the Position in Spain and England", *InDret* 1/2011 (www.indret.com).

Susana HERNANCO RAMOS (2009), "El informe del Ministerio Fiscal en la guarda y custodia compartida", *Revista Jurídica La Ley (Diario La Ley)*, núm. 7206, 29.6.2009, p. 1 y ss.

Joaquín IVARS RUÍZ (2007), *La guarda y custodia compartida tras la actual reforma del Código civil*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Joan B. KELLY y Michael E. LAMB (2000), "Using child development research to make appropriate custody and access decisions for young children", *Family and Conciliation Courts review*, núm. 38, 2000, p. 297 y ss.

Louis KRAUS y Kayala POPE (2009), "The importance of Attachment in Custody Evaluations: Toward the Best Interest of the Child", en Robert M. GALTZER-LEVY, Louis KRAUS y Jeanne GALATZER-LEVY, *The Scientific Basis of Child Custody Decisions*, 2ª ed., New Jersey, p. 165-186.

Michael E. LAMB y Joan B. KELLY (2001), "Using the empirical literature to guide the development of parenting plans for young children. A rejoinder to Solomon and Biringen", *Family Court review*,

39, 2001, p. 365 y ss.

Michael E. LAMB, (2002) "Infant-father attachments and their impact on child development", en Catherine S. TAMIS-LEMONDA y Natasha CABRERA (Eds.), *Handbook of father involvement: Multidisciplinary perspectives*, p. 365 y ss.

Michael E. LAMB y Joan B. KELLY (2009), "Improving the Quality of Parent-Child Contact in Separating Families with Infants and Young Children: Empirical Research Foundations", en Robert M. GALTZER-LEVY, Louis KRAUS y Jeanne GALATZER-LEVY (Dirs.), *The Scientific Basis of Child Custody Decisions*, 2ª ed., New Jersey, pp. 196-197.

Fabiola LATHROP GÓMEZ (2009), "Custodia compartida y corresponsabilidad parental. Aproximaciones jurídicas y sociológicas", *Diario La Ley*, núm. 7206, pp. 1 y ss.

--- (2008), *Custodia compartida de los hijos*, La Ley, Madrid.

María Elena LAUROBA LACASA (2010), "Comentario a la STS de 8 de octubre de 2009", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 84, p. 1489 y ss.

Eleanor E. MACCOBY, Robert H. MNOOKIN y Charlene E. DEPNER (1990), "Coparenting in the second year after divorce", *Journal of Marriage and the Family*, núm. 52, pp. 141-155.

Vicente MAGRO SERVET (2010), "¿Es vinculante o necesario el informe favorable del Ministerio Fiscal en la concesión de la custodia compartida tanto en el proceso contencioso como en el de mutuo acuerdo?", *Boletín de Derecho de familia*, Año X, núm. 106, p. 1 y ss.

Teresa MARÍN GARCÍA DE LEONARDO (2009), "Consecuencias personales y patrimoniales de la guarda y custodia compartida", *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 22, p. 95 y ss.

José María MIQUEL GONZÁLEZ (1997), "Cláusulas generales y desarrollo judicial del Derecho", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 1, 1997, p. 315 y ss.

María Isabel MORÁN GONZÁLEZ (2010), "El Ministerio Fiscal y los sistemas de guarda y custodia: Especial referencia a la custodia compartida y los criterios de atribución en beneficio del menor", en *Custodia compartida y protección de menores*, Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 2, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, p. 112 y ss.

Víctor MORENO VELASCO y John GAUDET (2009), "La problemática del uso de la vivienda familiar en supuestos en custodia compartida: reflexión comparativa España y EE.UU", *Diario La Ley*, núm. 7179, p. 1 y ss.

Linda PAGANINI-KURTZ y Jeffrey L. DEVERNENSKY, "Access by noncustodial parents: Effects upon children's postdivorce coping resources", *Journal of Divorce and Remarriage*, núm. 27, pp. 43-55.

María PÉREZ GALVÁN (2009), "Problemas prácticos en el régimen de guarda y custodia compartida", *Revista Jurídica La Ley (Diario La Ley)*, núm. 7206, pp. 1 y ss.

Antonio Javier PÉREZ MARTÍN (2007), *Tratado de Derecho de familia. Aspectos sustantivos*, T. I, Vol. I, Madrid, p. 261 y ss.

Cristóbal PINTO ANDRADE (2009), *La custodia compartida*, Bosch, Barcelona.

Marsha Kline PRUETT y Carrie BARKER (2009), "Joint Custody: A Judicious Choice for Families – But How, When and Why?" en Robert M. GALTZER-LEVY, Louis KRAUS, Jeanne. GALATZER-LEVY, *The Scientific Basis of Child Custody Decisions*, 2ª ed., New Jersey, pp. 417-462.

Francisco RIVERO HERNÁNDEZ (1994), "Comentarios al art. 92 CC en Matrimonio y divorcio", en José Luís LACRUZ BERDEJO (Coord.), *Comentarios al nuevo título IV del Libro I del Código civil*, Madrid, p. 1041 y ss.

Francisco RIVERO HERNÁNDEZ (2007), *El interés del menor*, Tirant lo Blanch, Madrid.

Encarnación ROCA i TRIAS (1994), "Contestación: El interés del menor como factor de progreso y unificación del Derecho internacional privado", *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 4, p. 109 y ss.

Aurelia María ROMERO COLOMA (2010), "La guarda y custodia compartida: Análisis y problemática jurídica", *Diario La Ley*, núm. 7504, p. 1 y ss.

Ana María SARAVIA GONZALES (2008), "Guarda y custodia compartida: principales novedades de la Ley 15/05, cuestiones sustantivas". Ejemplar dedicado a: *La Jurisdicción de familia especialización. Ejecución de resoluciones y custodia compartida. Estudios de Derecho Judicial* núm. 147, Madrid, pp. 245 y ss.

Ana SEISDEDOS MUIÑO (2005), "La medidas relativas a los hijos en los procesos de divorcio y de separación matrimonial: Primera aproximación al nuevo texto del Código civil. (Ley 15/2005)", *Aranzadi Civil*, núm. 22, pp. 15-33.

Blanca SILLERO CROVETTO (2010), "Reflexiones en torno al marco legal de la custodia compartida", *Artículo 14, Una perspectiva de género*. núm. 35, diciembre de 2010, p. 4 y ss.

José Jaime TAPIA PARREÑO (2010), "La custodia compartida en la doctrina de las Audiencias Provinciales", en *Custodia compartida y protección de menores, Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 2, Madrid, p. 236 y ss.

Ross A. THOMPSON (1996), "Attachment theory and research" en Melvin LEWIS, *Child and adolescent psychiatry: A comprehensive textbook*, Lippincott Williams & Wilkins, Baltimore, pp. 126-

134.

José Manuel DE TORRES PEREA (2009), *Interés del menor y Derecho de familia. Una perspectiva multidisciplinar*, Iustel, Madrid.

Luis ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA (2003), “El menor en las crisis familiares”, en Isabel LÁZARO GONZÁLEZ e Ignacio MAYORAL NARROS (Dir.), *Jornadas sobre derecho de los menores*, Madrid, p. 183 y ss.